THÈSE DE
NANCY.
1889
N°. 3.

UNIVERSITÉ DE FRANCE. — ACADÉMIE DE NANCY

DROIT ROMAIN

DES

QUÆSTIONES PERPETUÆ

DEPUIS LEUR ORIGINE JUSQU'A L'EMPIRE

DROIT FRANÇAIS

DE LA

SÉPARATION DES PATRIMOINES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

PAR

Joseph HOURTOULE

AVOCAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS
Sera soutenu le Samedi 18 Mai 1889, à 4 heures du soir

Président : M. P. LOMBARD, professeur,

Suffragants { MM. BLONDEL, MAY, } professeurs,
BOURCART, agrégé.

Le candidat répondra en outre aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement.

NANCY
IMPRIMERIE A. NICOLLE, 25, RUE DE LA PÉPINIÈRE

1889

DROIT ROMAIN

DES QUÆSTIONES PERPETUÆ

DEPUIS LEUR ORIGINE JUSQU'A L'EMPIRE

DROIT FRANÇAIS

DE LA SÉPARATION DES PATRIMOINES

UNIVERSITÉ DE FRANCE. — ACADÉMIE DE NANCY

DROIT ROMAIN

DES

QUÆSTIONES PERPETUÆ

DEPUIS LEUR ORIGINE JUSQU'A L'EMPIRE

DROIT FRANÇAIS

DE LA

SÉPARATION DES PATRIMOINES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

PAR

Joseph HOURTOULE

AVOCAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le Samedi 18 Mai 1889, à 4 heures du soir

Président : M. P. LOMBARD, professeur,

Suffragants { MM. BLONDEL, MAY, } professeurs,
BOURCART, agrégé.

Le candidat répondra en outre aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement.

NANCY

IMPRIMERIE A. NICOLLE, 25, RUE DE LA PÉPINIÈRE

1889

FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

MM.

LEDERLIN ✻, I ✪, Doyen, Professeur de Droit romain, autorisé à faire le cours de Pandectes, et Chargé du cours de Droit français étudié dans ses origines féodales et coutumières.

JALABERT ✻, I ✪, Doyen honoraire.

LOMBARD (Ad.), ✻, I ✪, Professeur de Droit commercial, et Chargé du cours de Droit des gens.

LIÉGEOIS, I ✪, Professeur de Droit administratif, et Chargé du cours d'Histoire du Droit.

BLONDEL, I ✪, Professeur de Code civil, et Chargé du cours de Droit constitutionnel.

BINET, I ✪, Professeur de Code civil, et Chargé du cours d'Enregistrement.

LOMBARD (P.), I ✪, Professeur de Code civil.

GARNIER, I ✪, Professeur d'Economie politique.

MAY, A ✪, Professeur de Droit romain.

GARDEIL, A ✪, Professeur de Droit criminel.

BEAUCHET, A ✪, Professeur de Procédure civile.

BOURCART, A ✪, Agrégé, Chargé du cours de Pandectes, autorisé à faire le cours de Droit romain.

GAVET, A ✪, Agrégé, Chargé du cours d'Histoire générale du Droit français public et privé.

CHRÉTIEN, A ✪, Agrégé, Chargé du cours de Droit international privé.

LACHASSE, I ✪, Docteur en droit, Secrétaire.

La Faculté n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions particulières du Candidat.

MEIS

MAGISTRIS

AMICIS

INTRODUCTION

Il n'est peut-être pas inutile avant d'aborder l'étude des *Quæstiones perpetuæ*, de jeter un coup d'œil d'ensemble sur les institutions judiciaires qui ont précédé.

A l'origine c'est au roi investi de la puissance souveraine qu'appartient la juridiction criminelle. Dans la plupart des cas, il renvoie l'examen de l'affaire soit au Sénat, soit à des magistrats spéciaux (*duumviri*, *quæstores parricidii*). Il ne juge directement lui-même que les crimes les plus graves ; il s'entoure dans ce cas de sénateurs, de magistrats, aux lumières desquels il fait appel. Ceux-ci ne jouent qu'un rôle purement consultatif ; simples conseillers, ils se bornent à émettre des avis que le roi est absolument libre de suivre ou de ne pas suivre.

Le roi ou ses délégués jugeaient-ils en dernier ressort? Etait-il, au contraire, permis d'en appeler de leur décision au peuple réuni dans ses comices? C'est là une question controversée qui divise les meilleurs esprits. Tandis que les uns émettent

des conjectures ingénieuses assurément, mais absolument hypothétiques, d'autres reconnaissent que c'est là un problème auquel l'histoire n'a pas encore donné de solution. Ces divergences d'opinions, ces incertitudes s'expliquent aisément. Sans doute il est incontestable que la *provocatio ad populum* avait lieu dans certaines circonstances ; Horace notamment condamné par les duumvirs fut acquitté par les comices ; Sénèque et Cicéron semblent même dire que ce droit existait dans tous les cas : « *Provocationem autem etiam a regibus fuisse, declarant pontificii libri, significant nostri etiam augurales* (1). » — « *Provocationem ad populum etiam a regibus fuisse id ita in pontificalibus libris aliqui putant* (2). » Mais alors comment expliquer que sous la République, trois lois (3) aient été nécessaires pour assurer le triomphe d'une institution qui existait déjà dès les premiers siècles de Rome ? — Peut-être faut-il chercher l'explication de cette apparente contradiction dans l'examen des conditions auxquelles était soumis sous la royauté l'exercice de ce droit. En vertu de la *lex Regia* qui lui confère le pouvoir militaire et judiciaire, le roi est juge suprême en matière criminelle, il a le *jus vitæ necisque*. Toutefois, une loi curiate peut in-

(1) Cic. *de Rep*, II, 31.
(2) Sen. *Ep.* 108.
(3) Leges Valeriæ votées en 245, 305, 453 de Rome.

tervenir qui abroge cette *lex Regia* ou tout au moins en paralyse les effets dans un cas déterminé, en déférant au peuple l'examen d'un jugement rendu par le roi ou par ses délégués. Mais si l'on considère que le roi seul a l'initiative en matière législative, que seul il peut convoquer les comices, on est amené à reconnaître que l'appel est nécessairement subordonné à son consentement. La *provocatio ad populum* n'est donc pas un droit pour l'accusé, mais une faveur qui lui est accordée ou refusée selon les circonstances.

La royauté fut abolie en l'année 245 de Rome. Au début rien n'est changé ; les consuls succédant aux rois sont investis de la suprême puissance judiciaire. Mais l'année même de la fondation de la République, le consul Valerius Publicola, établit le droit d'appel sur des bases très larges. Le citoyen condamné à une peine capitale peut, par sa seule volonté, paralyser les effets d'un jugement régulièrement rendu par les consuls, qui n'ont d'autre ressource que de porter l'affaire devant les comices. Il y a plus ; il est permis à l'accusé de récuser directement l'autorité des consuls, et d'en appeler, même avant tout jugement, à la décision du peuple. C'est moins un appel, que la demande d'une juridiction supérieure.

Ce principe de l'appel au peuple, plusieurs fois violé, fut confirmé à différentes reprises, en l'année

305, par une loi Valeria votée sur la proposition du consul L. Valerius Publicola Potitus, en l'année 453, par une autre loi votée sur la proposition du consul M. Valerius Corvus.

Ces lois successives eurent pour conséquence indirecte de transférer au peuple le jugement des affaires capitales. Les consuls furent amenés à renoncer à l'exercice d'un droit dont la seule volonté des accusés pouvait les dépouiller ; ils aimèrent mieux porter directement l'affaire devant les comices et se constituer accusateurs que d'assumer la responsabilité d'une condamnation capitale, qui sans effet à l'égard du condamné, ne servait qu'à les rendre suspects au peuple, en laissant à supposer qu'ils se défiaient de la justice et de la souveraineté des comices (1).

Après avoir conquis la suprême puissance judiciaire, le peuple ne tarda pas à recourir à un procédé dont les rois avaient fait un si fréquent usage. Ne se réservant que le jugement des crimes les plus graves, il abandonnait les délits moins importants à des commissions spéciales qu'il nommait pour chaque procès ; souvent il renvoyait l'affaire au Sénat pour que celui-ci désignât les commissaires.

---

(1) Laboulaye. *Essai sur les lois criminelles des Romains concernant la responsabilité des magistrats*, Paris, 1845, p. 89.

Nous arrivons ainsi aux *quæstiones perpetuæ* que nous nous proposons d'étudier ici. Cette étude se divisera en deux parties: dans la première, nous rechercherons l'origine et nous exposerons l'historique de ces *quæstiones;* dans la seconde, nous examinerons l'organisation intérieure de ces tribunaux ainsi que leur procédure.

BIBLIOGRAPHIE

Geib. — Histoire de la procédure criminelle, (allemand). — Leipzig, 1842.

C. Klenze. — Fragmenta legis Serviliæ repetundarum. — Berlin, 1825.

Laboulaye. — Essai sur les lois criminelles des Romains concernant la responsabilité des magistrats. — Paris, 1845.

Martz. — Des juridictions criminelles à Rome. — Nancy, 1879.

Mommsen. — De collegiis et sodaliciis Romanorum. — Kiliæ, 1843.

Mommsen. — Les leges judiciariæ du VII^e^ siècle, jusqu'à la lex Aurelia... (in der Zeitschrift fur Alterthumswissenschaft, 1843).

Mommsen. — Corpus Inscriptionum latinarum consilio et auctoritate Academiæ litterarum borussicæ editum, 1^er^ fascicule, n^os^ 198 et 204.

Moreau. — Des juridictions criminelles jusqu'à l'extinction des quæstiones perpetuæ. — Paris, 1876.

Platner. — Quæstiones de jure criminali romanorum. — Marburg, 1842.

Rein. — Droit criminel des Romains depuis Romulus jusqu'à Justinien (allemand). — Leipzig, 1844.

Rinkes. — Disputatio de crimine ambitus et de sodaliciis tempore liberæ reipublicæ. — Lyon, 1860.

Rudorff. — Histoire du Droit romain (allemand), 2 volumes. — Leipzig, 1857.

Rudorff. — Ad legem Aciliam de pecuniis repetundis latam anno ab urbe condita 631 vel 632. (Recueil de l'Académie de Berlin, 1861).

C. Sigonius. — De judiciis libri III.

Walter. — Histoire du Droit romain (allemand), 2 volumes. — Bonn, 3e édition, 1860-1861.

Willmanns. — Des tribunaux sous l'empire de la lex Cornelia judiciaria, (im rheinischen Museum, 1864).

A. W. Zumpt. — Studia romana. — Berlin, 1859.

A. W. Zumpt. — Le Droit criminel de la République romaine, (allemand), 2 tomes en 4 parties. — Berlin, 1865-1869.

A. W. Zumpt. — La procédure criminelle de la République romaine, (allemand). — Leipzig, 1871.

C. T. Zumpt. — De legibus judiciisque repetundarum. — Berlin, 1845.

PREMIÈRE PARTIE

ÉTUDE HISTORIQUE DES QUÆSTIONES PERPETUÆ

CHAPITRE PREMIER.

DES QUÆSTIONES PERPETUÆ DEPUIS LEUR ORIGINE JUSQU'A SYLLA.

La première *quæstio perpetua* fut créée pour juger les exactions dont les gouverneurs de province pouvaient se rendre coupables dans l'exercice de leurs fonctions.

On attribue généralement cette innovation au tribun Calpurnius Piso. Depuis les *leges Valeriæ*, la juridiction criminelle appartenait au peuple réuni dans ses comices. Cette procédure lente était appelée à subir des modifications avec l'accroissement du nombre des procès, conséquence nécessaire de l'agrandissement de la république romaine. Aussi dans la plupart des cas, le peuple déléguait ses pouvoirs

à des commissions spéciales : Calpurnius Piso pour une certaine catégorie d'affaires, — exactions des magistrats, — aurait rendu cette délégation permanente; la première quæstio (*quæstio de pecuniis repetundis)* serait due à une loi que celui-ci aurait proposée et fait voter en l'année 605 de Rome (1).

Nous croyons devoir repousser ce système qui repose sur une interprétation inexacte d'un passage de Cicéron, et qui se heurte à des objections très sérieuses. Voici le texte invoqué : « *Hic (C. Carbo) optimus est illis temporibus habitus, eoque forum tenente, plura fieri judicia teneri cæperunt. Nam quæstiones perpetuæ, hoc adolescente, constitutæ sunt, quæ antea nullæ fuerunt. L. enim Piso, tr. pl. legem primus de pecuniis repetundis, Censorino et Manilio consu-* « *libus, tulit* (2) ». Nous pouvons en tirer trois conséquences : 1° avant l'année 605 (3), il n'existait pas de quæstiones perpetuæ ; 2° la première quæstio fut appelée à juger les magistrats concussionnaires ; 3° il a existé entre elle et la loi du tribun C. Piso, une certaine connexité. Mais Cicéron

---

(1) Rein. *Droit criminel des romains, depuis Romulus jusqu'à Justinien* (allemand), p. 612. — Rudorff (*Ad legem Aciliam de pecuniis repetundis latam anno ab urbe condita* 631 (dans le recueil de l'Académie de Berlin, année 1851, p. 422). — Walter, *Histoire du Droit romain* (allemand), 3e édition, 1860, § 834.

(2) Cic. *Brut.* 27, 106.

(3) Date du tribunat de Piso.

ne dit nulle part que c'est cette loi qui a réalisé cette importante modification dans la procédure ; son silence à cet égard est significatif, car une réforme dans l'organisation judiciaire est un fait plus important que la détermination d'un nouveau délit. En outre, le point de départ du système prête lui-même à la critique. Ce n'était pas au peuple qu'appartenait le contrôle de l'administration des provinces. En effet, nous voyons en l'année 567 de Rome le Sénat, à la demande des délégués de la cité d'Ambracie, obliger le gouverneur Fulvius Nobilior à restituer des sommes indûment perçues (1) ; en l'année 580, le Sénat dans une affaire analogue confie au préteur Canuleius le soin de composer lui-même un tribunal chargé de déterminer le montant des dommages et intérêts (2). Ainsi avant la loi Calpurnia, le Sénat seul est compétent pour juger la conduite des gouverneurs, examiner les réclamations des habitants des provinces, et ordonner au besoin la réparation du préjudice causé : il peut statuer directement lui-même ; mais le plus souvent, tout en se réservant la solution définitive, il charge un sénateur ou un magistrat du soin d'instruire l'affaire ; quelquefois il va plus loin, et donne, à ce dernier mandat, de constituer

(1) Tit. Liv. *Histoire romaine*, XXXVIII, 43 et 44.
(2) Tit. Liv. *Histoire romaine*, XLIII, 2.

lui-même un tribunal. Dès lors, en cette matière, une loi, qui suppose l'intervention du peuple romain, eût été une violation des privilèges du Sénat, à laquelle C. Piso n'aurait pas prêté la main : ennemi des Gracques (1), ami par conséquent des patriciens, il n'aurait pas concouru à l'abaissement de l'ordre dirigeant.

Il est peut être plus exact d'attribuer au Sénat lui-même la création de la première quœstio. La conséquence naturelle de la *lex Calpurnia Piso*, qui précisait les actes désormais interdits aux gouverneurs, fut d'accroître le nombre des réclamations des habitants des provinces. Le Sénat, se trouvant dans l'impossibilité de s'occuper de toutes ces plaintes, décida qu'à l'avenir elles seraient examinées par une commission spéciale composée d'un certain nombre de sénateurs que présiderait un magistrat curule (2).

Après avoir établi cette distinction, il nous reste à examiner les principales dispositions de la *lex Calpurnia*, ainsi que les règles posées par le sénatus-consulte pour la formation du nouveau tribunal.

---

(1) Schol. Bobb. *in orat. p. Flacc.* (Orelli, Schol. II, p. 233). L. Piso qui legem de pecuniis repetundis tulit et fuit C. Graccho capitalis inimicus.

(2) A. W. Zumpt. *Le droit criminel de la République romaine* (allemand). 2 tomes en 4 parties, Berlin 1865-1869, II, 1, ch. 1 et 2.

Section I. — Lex Calpurnia ; ses conséquences.

La *lex Calpurnia* est la première loi générale sur l'administration des provinces. Toutefois une *lex Porcia* se trouve mentionnée dans un fragment de la *lex Antonia de Termessibus* (année 683 de Rome) (1) « *Neive quis magistratus prove magistratus, legatus neive quis alius facito, neive imperato quo quid magis iei dent, præbeant, ab ieis auferatur, nisei quod eos ex lege Porcia dare, præbere, oportet, oportebit* ». D'autre part Tite Live nous cite la conduite exemplaire de P. Caton le Censeur, alors qu'il administrait la province de Sardaigne (556 de Rome). M. Porcius Caton, nous dit-il, épargna à la province le luxe de ses prédécesseurs (2). Sur ces données Rein (3) et Rudorff (4) ont soutenu que cette *lex Porcia* était une loi générale votée sur la proposition de Caton et relative à la responsabilité des gouverneurs. Cette hypothèse ne saurait être acceptée.

---

(1) *Lex Antonia de Termessibus*, II, 13 (dans le Corpus Inscriptionum latinarum consilio et auctoritate Academiæ litterarum regiæ borussicæ editum, 1er fascicule n° 204.

(2) Tit. Liv. XXXII, 27.

(3) Rein, *op. cit.*, p. 606.

(4) Rudorff (*Histoire du droit romain*, (allemand), 2 volumes, I, 76.

Termesse en Pisidie (Asie-Mineure) est une cité libre, ayant sa législation propre, s'administrant elle-même, votant ses impôts, et exemptée du logement des troupes. Il n'est pas possible qu'en l'année 683 de Rome, au moment de la guerre de Mithridate, on ait aboli les priviléges dont elle jouissait pour la soumettre au régime du droit commun, et lui appliquer les dispositions de la *lex Porcia*; c'eut été une faute politique qu'on ne peut guère supposer de la part du peuple romain. Il vaut mieux admettre avec A. W. Zumpt (1) que cette *lex Porcia* était une loi particulière, conférant à la ville de Termesse certains avantages que la loi Antonia vint confirmer en l'année 683. Cette explication a l'avantage de ne pas contredire Cicéron : « *L. enim Piso tr. pl. legem primus de pecuniis repetundis tulit* (2) ».

Quant à la loi Calpurnia, elle prohibe toute exaction (3); elle interdit, en outre, certains actes qui, bien que licites en eux-mêmes, peuvent donner lieu à des abus ; ainsi les gouverneurs ne peuvent accepter de dons (4); il leur est même défendu, sauf dans un cas particulier, d'acheter des esclaves

(1) A. W. Zumpt, *dr. cr.*, II, 1, p. 35 et s. s.
(2) Cic. *Brut.*, 27, 106.
(3) Cic. *Brut.* 27,106; *in Verr.* III, 84 et 95 ; *de off.* II, 21,75. — Tacite. *Ann.* XV, 20. — Val. Mal. VI, 9,10.
(4) L. 18. Dig. de off. præs. (I, 18).

dans le ressort de la province qu'ils administrent (1).

La sanction, toutefois, n'est pas rigoureuse. Le magistrat déclaré coupable peut toujours aspirer aux fonctions publiques; témoin le consul L. Lentulus qui, malgré une condamnation de cette nature, fut élu censeur (2). Les lois postérieures, notamment la loi Acilia, édictent une amende égale au double du montant des exactions; la législation en cette matière s'étant montrée, au dire de Cicéron, de plus en plus sévère, on peut en conclure que la loi Calpurnia ne condamnait le magistrat infidèle qu'à une simple restitution des sommes indûment perçues.

Toute personne, citoyen ou non, victime d'une injustice ou d'une exaction, peut invoquer les dispositions de cette loi qui se trouve ainsi avoir une portée générale. La nouvelle procédure, au contraire, ne s'applique qu'aux habitants des provinces. Les citoyens ont dans l'*actio sacramenti* le moyen de faire respecter leurs droits et de poursuivre le magistrat qui excède ses pouvoirs. Les pérégrins ne peuvent recourir qu'au

---

(1) Cic. *in Verr.* IV. 5, 9 (mancipium) sanxerunt ne quis emeret nisi in demortui locum.

(2) Val. Max. VI, 9, 10. L. Lentulus *lege Cœcilia* repetundarum crimine oppressus cum L. Censorino, censor creatus est. — Il faut lire *lege Calpurnia*; voir Sigonius, *de judiciis*, II, c. 27.

Sénat qui en vertu de son droit de contrôle sur l'administration des provinces peut imposer au gouverneur la réparation du préjudice causé. Le sénatus-consulte dont nous nous occupons, modifiant seulement la procédure relative au jugement des affaires pour lesquelles le Sénat était compétent, ne concerne que ceux qui, auparavant, devaient s'adresser à lui, c'est-à-dire les pérégrins.

Quant à cette procédure, voici les renseignements que nous possédons. Malgré l'innovation introduite, le Sénat ne reste pas absolument étranger au procès ; l'affaire lui est tout d'abord soumise. Après un examen sommaire, il décide, s'il y a lieu, de renvoyer les parties devant la *quæstio* ; dans ce cas, il circonscrit le terrain du débat, et fixe le point litigieux sur lequel devra porter l'examen du tribunal. C'est ainsi qu'en l'année 613 de Rome nous voyons les victimes de J. Silanus s'adresser tout d'abord au Sénat (1). — Les jurés sont pris parmi les sénateurs ; dans notre seconde partie, nous étudierons comment ils sont désignés. — Le président de la quæstio est désigné chaque année par le Sénat ; on confie généralement cette mission au préteur pérégrin (2).

---

(1) Tit. Liv. *Ep.* LV ; — Val. Max. V, 8, 5.
(2) A. W. Zumpt *dr. cr.* II, 1, p. 62.

Lex Junia. — Les fragments de la loi Acilia mentionnent, à plusieurs reprises, une *lex Junia* qu'on place généralement entre le tribunat de C. Piso et celui de C. Gracchus (1). Les opinions les plus divergentes se sont fait jour relativement aux dispositions de cette loi. Selon Sigonius (2) elle infligerait au magistrat concussionnaire la peine du bannissement; mais cette conjecture toute gratuite ne s'appuie sur aucun texte. Sell (3) et C. T. Zumpt (4) pensent qu'elle accordait aux citoyens le droit de poursuivre par l'*actio sacramenti* le magistrat coupable. Nous ne pouvons accepter cette manière de voir qui suppose que la *lex Calpurnia* a créé une *actio sacramenti* dont seuls les non citoyens pouvaient se prévaloir. D'ailleurs les auteurs anciens constatent qu'entre C. Piso et C. Gracchus il n'est survenu aucun changement dans la procédure. Aussi préférons-nous nous rallier à l'opinion de A. W. Zumpt: le savant romaniste fait remarquer que les lois de C. Gracchus prévoient tous les crimes des magistrats, et que néanmoins on ne leur attribue qu'une innovation, la punition des juges injustes; comme

(1) *Lex incerta repetundarum*, lignes 74 et 76 (dans le Corpus Inscript. lat. 1er fasc., nº 198, p. 62).

(2) Sig. *op. cit.* II, c. 27, p. 607.

(3) Sell, die Recuperatio der Rœmer, p. 375 (cité par Aw. Zumpt, dr. cr., II, 1 note 26).

(4) C. T. Zumpt, *de legibus judiciisque repetudarum*, p. 14.

d'autre part, la loi Calpurnia ne vise que les exactions, il en tire cette conclusion très logique que les autres délits des magistrats ont dû faire l'objet d'une loi spéciale qui ne serait autre que la *lex Junia* (1).

Quæstio de sicariis. — On a quelquefois soutenu que dès cette époque le jury connaissait des meurtres (2), en s'appuyant sur le passage suivant de Cicéron : « *An tu me de Tubulo putas dicere? Qui cum prætor inter sicarios quæstionem exercuisset, ita aperte cepit pecunias ut anno proximo P. Scævola, tr. pl. ferret ad populum vellentne de ea re quæri* (3). » Tubulus fut préteur en l'année 612 ; donc à cette date il existait déjà une *quæstio de sicariis.* — Toutefois il est permis d'objecter que le texte n'est nullement décisif ; on peut fort bien l'entendre en ce sens que Tubulus fut chargé de l'instruction d'un crime. La fin du texte lui-même réfute le système. Tubulus ayant été convaincu d'avoir reçu de l'argent, le tribun P. Scævola voulut déférer au peuple le jugement de cette affaire : or les Romains assimilent la corruption d'un officier public à un meurtre. Si donc une *quæstio de Sicariis* avait réellement existé à cette

(1) A. W. Zumpt, *dr. cr.* II, 1. p. 50 et s. s.
(2) Pighius. *Ann.* II, 476.
(3) Cic. *de fin.* II, 16, 54 ; — Cfr. *ad. Att.* XII, 5, 3.

époque, c'eût été devant ce tribunal et non devant les comices que P. Scævola se fût porté accusateur.

Section II. — Réformes de Gracchus.

En jugeant seul les exactions des gouverneurs, le Sénat ne faisait qu'user de son droit de contrôle sur l'administration. Toutefois les plébéiens réclamaient la suppression de ce monopole qu'ils considéraient comme un privilége abusif. Dès l'année 621 de Rome, T. Gracchus, se faisant l'interprète de ces revendications, proposa l'abrogation de ce monopole : sa mort prématurée empêcha la réalisation de ses projets (1). Mais ils furent bientôt repris par son frère qui, nommé tribun en l'année 631 de Rome, parvint à donner satisfaction aux aspirations de la plèbe en faisant voter une loi judiciaire extrêmement importante, sur les détails de laquelle malheureusement on est loin d'être d'accord. Les documents que nous possédons semblent se contredire les uns les autres; d'après Appien, Cicéron, Tacite, Velleius qui lui attribuent un effet radical, cette loi aurait sup-

(1) Plut. *T. Gr.* c. 16.

primé purement et simplement le pouvoir judiciaire du Sénat et l'aurait transféré aux chevaliers (1); selon Plutarque au contraire le célèbre tribun se serait contenté d'ajouter trois cents chevaliers aux trois cents sénateurs existants et aurait confié à ce collége judiciaire la plénitude de juridiction (2); enfin Tite-Live vient encore soulever une nouvelle difficulté en parlant d'une adjonction de six cents chevaliers (3). Aussi ne faut-il pas s'étonner des nombreuses divergences d'opinions qui se sont produites.

Dans un premier système qui considère comme inexact le récit de Plutarque, on admet que G. Gracchus confia aux seuls chevaliers le pouvoir judiciaire (4). On récuse ainsi l'autorité de l'historien grec qui cite des chiffres précis, empruntés vraisemblablement à un document officiel. En outre il existe relativement à la tentative de T. Gracchus une contradiction analogue entre Dion Cassius et Plutarque ; il faut donc encore ici supposer une erreur de la part de ce dernier ; enfin

---

(1) App. *Bell. civ.* I, 21. — Cic. *in. Verr.* I, 13, 38. — Tac. *Ann.* XII, 60. — Vell. II, 32.

(2) Plut. *C. Gr.* 5.

(3) Tit. Liv. *Ep.* LX.

(4) Manutius *de leg.* c. 15. — Geib, *Histoire de la procédure criminelle* (allemand). Leipzig 1842, p. 197. — Laboulaye. *Essai sur les lois criminelles des Romains*, p. 216.

on ne tient aucun compte du passage de Tite-Live. Une telle explication ne saurait être acceptée.

Un deuxième système cherche à concilier ces différents textes. C. Gracchus aurait proposé trois lois. Un premier projet portait que le jugement des affaires criminelles appartiendrait à un collége judiciaire composé de trois cents sénateurs et de six cents chevaliers ; il échoua par suite d'une coalition des patriciens désireux de maintenir leurs priviléges et des plébéiens qui trouvèrent la réforme insuffisante. Le second projet se contentait d'adjoindre trois cents chevaliers aux trois cents sénateurs ; il fut repoussé pour les mêmes motifs. A la suite de ces deux échecs, C. Gracchus fit voter sa loi judiciaire aux termes de laquelle les jurés devaient être exclusivement choisis parmi les chevaliers (1). Cette hypothèse, de l'aveu même de ceux qui l'ont présentée, est peu vraisemblable ; nulle part en effet on ne retrouve la moindre mention de ces trois lois successives.

D'après un troisième système (2), le jury serait composé de sénateurs et d'un certain nombre de chevaliers (trois cents ou six cents suivant les auteurs). Toutefois la loi aurait imposé certaines

---

(1) Pighius, *Ann.* III, 60.
(2) Rudorff, *Hist.* I, p. 93 ; *ad. leg. Acil.*, p. 443.

conditions, d'âge par exemple, que quelques sénateurs pouvaient ne pas remplir; ceux-ci ne faisaient pas dans ce cas partie du jury. Il est dès lors vrai de dire avec Cicéron, Tacite, etc., que C. Gracchus a exclu les sénateurs du jury criminel. On se rend également compte du langage de Plutarque qui, négligeant ce détail peu important, constate que les jugements furent attribués aux sénateurs et aux chevaliers. Cet essai de conciliation repose sur une interprétation inexacte des textes; C. Gracchus retira non pas à quelques sénateurs, mais au Sénat lui-même le droit de juger : « *Judicandi munus quod C. Gracchus ereptum senatui ad equites* (1). »

Un dernier système présenté par A. W. Zumpt (2) paraît plus exact. Le passage de Tite-Live doit être mis hors de cause comme absolument étranger au sujet ; l'historien latin constate simplement que la dignité de sénateur fut conférée à six cents chevaliers (3). D'après Plutarque C. Gracchus « adjoignit trois cents chevaliers aux « trois cents sénateurs, et rendit les jugements « communs à ces six cents jurés » ; il partagea

---

(1) Vell. II, 32.

(2) A. W. Zumpt, *dr. cr.* II, 1, p. 62.

(3) Tite-Live. *Ep.* LX. Tertiam legem qua equestrem ordinem tunc cum senatu consentientem corrumperet, ut *sexcenti ex equite in curiam sublegerentur*, et quia illis temporibus CCC tantum senatores erant, DC equites CCC senatoribus admiscerentur, id est, ut equester ordo bis tantum virium in senatu haberet.

donc entre les deux ordres rivaux le *munus judicandi* qui jusqu'alors avait exclusivement appartenu au Sénat. Quant au mode de répartition sur lequel Plutarque ne donne aucune explication, deux systèmes peuvent être supposés : ou bien les sénateurs et les chevaliers forment un collége unique jugeant indifféremment les procès civils et les procès criminels, ou bien les chevaliers jugent certaines catégories d'affaires, les sénateurs, les autres. C'est à cette dernière hypothèse qu'il faut s'arrêter ; Cicéron constate que les chevaliers seuls connaissent des crimes des magistrats ; donc le Sénat conserve dans ses attributions le jugement des autres affaires pour lesquelles il avait été jusqu'alors compétent ; c'est à lui qu'est réservé le droit de statuer sur les procès civils et les procès criminels peu importants.

Par chevaliers il faut entendre tous les citoyens qui, n'étant ni sénateurs, ni magistrats, possèdent un cens de quatre cent mille sesterces. Pour pouvoir faire partie du jury, ils doivent n'avoir jamais exercé de fonctions publiques. En vertu d'une loi qui, au dire de Plutarque (1), lui conféra des pouvoirs dictatoriaux, C. Gracchus désigna lui-même les trois cents chevaliers qui devaient con-

(1) Plut. *C. Gr.* c. 6.

stituer le jury criminel. Ils furent nommés à vie ; en effet les expressions de l'historien grec ne peuvent s'entendre que d'une liste définitive ; si elle n'eût été valable que pour une année, comme on l'a quelquefois soutenu, les pouvoirs conférés à C. Gracchus n'auraient pas dépassé ceux d'un préteur, ils n'auraient rien eu d'anormal, d'extraordinaire. D'ailleurs, témoin des résistances que rencontraient ses réformes, le célèbre tribun devait chercher les moyens de mettre son œuvre à l'abri d'une réaction. Qui donc l'année suivante aurait dressé la liste des jurés ? Un préteur, qui aurait naturellement choisi des partisans du Sénat ; la création de juges inamovibles pouvait seule anéantir pour longtemps l'influence de l'ordre dirigeant.

Certaines modifications furent introduites dans la procédure. Le Sénat n'intervient plus comme par le passé pour décider s'il y a lieu ou non de poursuivre. L'accusateur s'adresse directement au président de la quæstio dont les attributions se trouvent ainsi considérablement étendues. Cette innovation en appelait une autre ; la multiplicité des procès, la longueur des débats ne permettaient plus de confier au seul préteur pérégrin la présidence du tribunal ; il fallait désigner un magistrat spécial exclusivement chargé de cette mission. Comme C. Gracchus n'augmenta pas le nombre

des préteurs, on peut supposer qu'il recourut à une prorogation de leurs pouvoirs. Cette hypothèse est assez vraisemblable puisque nous voyons C. Marius, préteur en l'année 637, chargé l'année suivante d'aller réprimer en cette même qualité une insurrection en Espagne (1).

Outre ces réformes importantes dans l'organisation du jury et dans la procédure, C. Gracchus étendit la compétence des *quæstiones perpetuæ*. Les chevaliers peuvent infliger des amendes, noter d'infamie, condamner même au bannissement (2). Comme les lois postérieures sur les exactions ne prononcent pas encore cette dernière peine, il faut en conclure que les *leges Semproniæ* visaient d'autres crimes. D'ailleurs Appien constate que C. Gracchus brisa la puissance du Sénat, ce qui semble bien indiquer qu'il ne s'est pas contenté de punir les officiers publics concussionnaires. Le jury est désormais compétent pour connaître de tous les délits dont les magistrats et les sénateurs peuvent se rendre coupables dans l'exercice de leurs fonctions ; les termes de la loi sont assez vagues, assez indéterminés pour permettre aux chevaliers de surveiller l'administration tout en-

(1) Plut. *C. Mar.* 6.
(2) App. *bell. civ.* I, 22.

tière. Dans de telles conditions le Sénat n'exerce plus un pouvoir effectif ; si en théorie ses droits sont respectés, en fait il est placé sous le contrôle direct, permanent des *equites ;* les sénateurs ne peuvent rien entreprendre contre le gré de ces derniers sans s'exposer à une condamnation.

Les chevaliers eux-mêmes sont responsables de leurs jugements ; s'ils sont convaincus de s'être laissés corrompre, ils peuvent être traduits devant le jury. Mais grâce à l'appui que leur prêtèrent les tribuns du peuple, cette sanction fut plus nominale que réelle.

Section III. — Lex Acilia.

Après C. Gracchus, on voit apparaître deux lois, *lex Acilia*, *lex Servilia*, dont la date précise est inconnue ; on hésite même sur le point de savoir laquelle fut votée la première. Sur la foi d'un passage du Pseudo-Asconius déclarant que la loi Acilia avait supprimé même la *comperendinatio* (1), on crut pendant longtemps qu'elle était la plus

(1) Pseudo-Asc. *in Verr.* (Orelli, Schol. II, p. 119) : Acilius Glabrio legem Aciliam tulit de pecuniis repetundis severissimam in qua ne comperendinari quidem licet reum ; — (p. 165) quæ lex neque comperendinationem neque ampliationem habet.

récente, puisqu'elle abrogeait une procédure encore en vigueur sous l'empire de la loi Servilia (1). Cette opinion a été de nos jours abandonnée avec raison (2); les expressions précises de Cicéron (3) permettent d'affirmer que, loin de rejeter, comme le prétend le Scholiaste, et la *comperendinatio* et l'*ampliatio*, la loi du tribun Acilius maintint cette dernière procédure qui fut supprimée par la *lex Servilia*; on se trouve ainsi conduit à conjecturer qu'elle est la première en date.

Il existe des fragments importants d'une loi sur l'origine desquels règne une certaine incertitude (4). Ils sont antérieurs à la *lex Servilia* puisqu'ils s'occupent de l'*ampliatio*; ils sont postérieurs à C. Gracchus, puisqu'ils confient à un préteur le soin de dresser la liste annuelle des jurés, alors que ce tribun avait établi une liste définitive. Comme entre ces deux époques on ne connaît que la loi du tribun Acilius, on peut en

---

(1) Sic Sigonius, *op. cit.* II, c. 27, p. 613; — Manutius *de legibus*, c. 22; — Rein *op cit.* p. 620; — Klenze, *op. cit.* prol. p. 10 et s.s.

(2) Geib. *op. cit.* p. 373; — Rudorff, *Hist.* I, p. 77.

(3) Cic. *in Verr.* I, 9, 26, Ego tibi Aciliam legem restituo qua lege multi *semel* accusati, *semel* dicta causa, *semel* auditis testibus, condemnati sunt.

(4) Voir le Corpus Inscriptionum latinarum, I, n° 198, p. 49.

conclure que ces fragments en sont la reproduction textuelle (1).

Ils nous reste à étudier rapidement les principales modifications que la loi nouvelle a pu introduire dans la procédure ainsi que les changements qu'elle a pu apporter soit quant aux peines, soit quant à la détermination des crimes soumis au jury.

En confiant à perpétuité les fonctions de jurés aux trois cents chevaliers qu'il avait choisis, C. Gracchus avait brisé la puissance du Sénat, mais il avait simplement substitué une aristocratie nouvelle, l'aristocratie de la fortune, à l'aristocratie de la naissance; il n'avait pas répondu aux vœux des plébéiens qui réclamaient une participation plus directe à l'administration de la justice; il s'était aliéné les sénateurs dont il avait violé les priviléges ; il avait mécontenté tout le monde sans satisfaire personne. Aussi ne faut-il pas s'étonner de voir le tribun Acilius changer le mode de recrutement des jurés; ils ne reçoivent plus désormais un mandat viager comme par le passé, ils

---

(1) Sic. C. T. Zumpt. *op. cit.* p. 20. — A. W. Zumpt. *dr. cr.* II, 1. p. 100. — Rudorff *ad. leg. Acil.* p. 421. — Contrà : Sigonius *op. cit.* II, c. 27 ; — Klenze *fragm. leg. Serviliæ* attribuent ces fragments à la loi Servilia. — Selon Mommsen (Corp. Insc. lat. I, nº 198) ils appartiennent à une loi dont l'auteur est resté inconnu, *lex incerta repetundarum.*

ne sont plus nommés que pour un an. Le soin de dresser la liste annuelle qui comprend quatre cent cinquante noms est confié au préteur chargé de la présidence des quæstiones.

Pour pouvoir être juré, il faut remplir certaines conditions ; *a*) être ingénu ; *b*) avoir plus de trente ans et moins de soixante ; *c*) avoir son domicile dans un certain rayon de Rome ; *d*) avoir un certain cens, probablement le cens équestre de quatre cent mille sesterces ; on ne peut guère supposer en effet qu'après la chute de C. Gracchus, on soit allé encore plus loin dans la voie démocratique, en supprimant cette condition que le célèbre tribun avait cru nécessaire d'imposer.

Sont également exclus, bien que satisfaisant aux exigences de la loi :

a) Les individus notés d'infamie ;

b) Les magistrats et les sénateurs, les anciens magistrats et les anciens sénateurs, leurs descendants, leurs ascendants et leurs frères ;

c) Il existe une troisième cause d'exclusion. Malheureusement le texte a été mutilé, et il ne reste que les mots : « Queive merc... » ; aussi les auteurs qui ont essayé de reconstituer ce passage ont-ils abouti à des solutions très différentes. — Sigonius (1) le complète ainsi ; « Queive merc) *ator*

(1) Sigonius. *op. cit.* II, c. 27.

siet fueritve », la loi exclurait du jury les marchands ; ce qui est peu vraisemblable, l'ordre des chevaliers se composant en grande partie de citoyens enrichis dans le négoce. — Selon Mommsen (1) et Rudorff (2) il faudrait lire : « Queive merc) *ede constituta depugnavit, depugnaveritve, artemve ludicram fecit feceritve* ». Cette interprétation qui s'appuie sur une disposition analogue de la *lex Julia municipalis* (3) soulève de sérieuses objections ; à l'époque de C. Gracchus, les professions de gladiateurs, de comédiens n'étaient exercées que par des citoyens pauvres ne réunissant pas les autres conditions voulues par la loi ; il était inutile d'en parler. En outre, la *lex Julia municipalis* est générale, et vise quiconque se livre à l'une de ces professions ; ici le mot *merc* oblige à distinguer selon que le gladiateur, le comédien reçoit ou non un salaire ; c'est là une distinction peu admissible, dans les deux cas la déconsidération étant la même doit entraîner les mêmes incapacités. — Aussi préférons-nous avec A. W. Zumpt (4) compléter ainsi le texte : « Queive

(1) Mommsen (dans le Corp. Insc. lat. I, n° 198, p. 65, XIII).

(2) Rudorff *ad. leg Acil.*, p. 448.

(3) Voir lex Julia municipalis (dans le Corp. Insc. Lat. I, n° 206, p. 122), ligne 123, queive lanistaturam artemve ludicram fecit, fecerit.., ligne 113, queive depugnandei caussa auctoratus est, erit, fuit...

(4) A. W. Zumpt. *dr. cr.* II, I, p. 120. — Cfr. C. T. Zumpt, *op. cit.* p. 21.

merc) *edem a populo romano accepit acceperitve* » ; la loi écarte tous ceux qui reçoivent un traitement du trésor public ; rien n'est plus logique, ce sont des fonctionnaires d'un rang inférieur placés sous les ordres des magistrats, et qui n'ont pas l'indépendance nécessaire pour être jurés.

Dans notre seconde partie, nous recherchons comment les jurés sont choisis pour chaque procès ; il nous suffit pour le moment de noter qu'une fois régulièrement saisis d'une affaire, les jurés sont compétents pour statuer alors même que le jugement ne serait pas encore rendu à l'expiration de l'année pour laquelle ils ont été désignés. Selon Mommsen (1), pour éviter autant que possible cette prorogation de pouvoirs, la loi nouvelle imposait à l'accusateur l'obligation de formuler son accusation devant le judex quæstionis (*nominis delatio*) avant le 1er septembre ; passé cette époque il ne pouvait plus intenter qu'une action civile en réparation du préjudice causé.

Il est difficile d'apprécier l'étendue des réformes que la loi Acilia a pu introduire dans le droit criminel proprement dit ; on ne sait même pas d'une manière précise quelles sont les infractions dont elle s'est occupée. La plupart des auteurs pensent

(1) Mommsen (dans le Corp. Insc. I, p. 64, VII).

qu'elle n'a en vue que la répression des exactions des magistrats. Cette solution prête à la critique ; le tribun Acilius, ainsi que nous l'avons vu, introduisit d'importants changements dans la procédure, notamment en ce qui concerne l'organisation du jury ; il faudrait admettre la coexistence simultanée de deux listes de jurés, l'une fournissant les juges qui devront connaître des exactions des magistrats, l'autre comprenant les trois cents chevaliers désignés par Gracchus pour juger les autres crimes des officiers publics. C'est là une conséquence inadmissible qui doit faire rejeter le système. Il vaut mieux attribuer à cette loi une portée générale et admettre qu'elle embrasse tous les crimes des magistrats. Toutefois elle ne fait pas table rase du passé ; elle se contente d'apporter à la législation existante quelques changements, soit quant à la détermination des éléments constitutifs des délits, soit quant aux peines. On comprend ainsi que les lois Calpurnia, Junia soient encore en vigueur ; ce qui ne peut guère s'expliquer dans le système précédent.

La loi Acilia interdit d'une manière générale toute exaction : « *pecunia coacta, capta, conciliata* » ; elle contient en outre certaines dispositions spéciales, sur lesquelles, à cause des nombreuses lacunes des fragments, règne une grande incertitude. Elle parle notamment d'un certain

modus qui ne doit pas être dépassé : « in annos singulos pecuniæ quod siet am) *plius H. S.* ». A quoi ce *modus* peut-il se rapporter? — Mommsen (1) fait remarquer que la *lex Julia repetundarum* défend toute exaction, et n'autorise les libéralités que dans une certaine mesure; cette loi ayant dû constituer un progrès sur la législation antérieure, il en conclut que jusqu'alors les magistrats pouvaient recevoir *in infinitum*, tous les dons qui leur étaient volontairement offerts. Le texte précité ne se réfère donc pas aux libéralités, il ne vise que les exactions. Tout officier public qui, par un moyen illégitime, extorque à un citoyen ou à un pérégrin une somme supérieure au *modus* fixé par la loi, s'expose à un procès *de pecuniis repetundis* devant le jury. Mommsen croit même pouvoir préciser davantage ; le procès de C. Porcius Caton fut évalué à quatre mille sesterces ; les juges s'étant montrés au dire de Velleius très sévères (2), on doit supposer que la limite fixée par Acilius n'était guère inférieure à ce chiffre. Cette conjecture, qui pourrait expliquer dans une certaine mesure la gratuité des fonctions publiques à Rome, se trouve en contradiction avec le progrès de la législation qu'invoque Mommsen.

---

(1) Mommsen (dans le Corp. Insc. Lat. I, p. 64, II).
(2) Vell. II, 8.

La *lex Calpurnia* atteignait tout magistrat concussionnaire ; on ne peut guère admettre que, revenant sur cette règle toute d'équité, le tribun Acilius ait autorisé les exactions même modérées, et ait retiré à la victime le droit de réclamer la restitution des sommes indûment perçues. — Aussi préférons-nous accepter l'opinion de Sigonius (1), Klenze (2) et A. W. Zumpt (3), qui pensent que la loi fixe ici une limite non pas aux exactions des magistrats, mais aux libéralités qu'ils peuvent recevoir annuellement. Tous d'ailleurs ne peuvent pas invoquer le bénéfice de cette disposition ; d'après la loi Calpurnia, toujours en vigueur, il est interdit aux gouverneurs de province d'accepter aucun don, et rien ne permet de conjecturer que cette défense ait été abrogée par la loi nouvelle dont on ne possède que des fragments épars. Le texte en question ne concerne que les magistrats exerçant leurs fonctions à Rome ; ils habitent au milieu de citoyens ayant la pratique des affaires ; dans ces conditions on pouvait sans danger les autoriser à recevoir des libéralités n'excédant pas un certain *modus*. Quel était-il ? La *lex Julia repetundarum* parle de dix mille sesterces ; il serait

(1) Sigonius, *eod loc.*
(2) Klenze, *fr. leg. serv.* p. 4.
(3) A. W. Zumpt, *dr. cr.* II, I, p. 138.

téméraire d'accepter ce chiffre ; peut-être la législation a-t-elle tendu à restreindre ce droit de plus en plus, de telle sorte que la somme primitivement fixée aurait été plus élevée.

La sanction consiste dans l'obligation de restituer soit au simple, soit au double : « *Eas res omnes simpli...*, *cæteras res dupli* (1) ». Il est donc inexact de prétendre, comme on l'a quelquefois soutenu, que la condamnation avait toujours lieu au double. La loi établissait ici une distinction qui nous échappe. On peut supposer qu'elle traitait d'une manière plus ou moins rigoureuse le délinquant, selon qu'il avait, à proprement parler, commis des actes concussionnaires ou qu'il n'avait fait que recevoir des libéralités excessives ; dans le premier cas, la faute étant plus grave, appelait un châtiment plus sévère. Il y aurait eu ainsi dans la peine une gradation correspondant au degré de culpabilité.

Nous ne possédons aucun renseignement en ce qui concerne les autres délits des magistrats ; étant données les nombreuses lacunes des fragments que nous possédons, il n'y a là rien qui doive nous surprendre.

Pour exciter le zèle des accusateurs, il était naturel de leur accorder certains avantages dans le

(1) Lex Acilia rep. ligne 59 (Corp. Insc. Lat. I, nº 198, p. 61).

cas où ils réussissaient à faire condamner un coupable. Ces récompenses ne consistaient pas toujours comme le pense Rein (1) dans la concession du *jus civitatis*. Le texte invoqué (2) dit que l'accusateur heureux acquiert la qualité de citoyen et entre dans la tribu dont faisait partie l'accusé ; il suppose donc que ce dernier a perdu le droit de figurer dans la tribu, c'est-à-dire qu'il a subi une condamnation capitale ; or, dans la plupart des cas (exactions), la loi ne prononce qu'une amende, ou même la simple restitution. D'ailleurs, si l'accusateur est un citoyen, on ne peut lui concéder un droit qu'il possède déjà. Les récompenses devaient varier selon la gravité de la peine et la position sociale de celui qui avait mis en mouvement l'action publique ; dans certains cas un non citoyen pouvait acquérir le *jus civitatis*, mais il n'en était pas toujours ainsi (3).

Section IV. — Lex Servilia Cæpio (648 de Rome).

En l'année 648 de Rome, le consul Servilius Cœpio parvint à faire voter une loi rendant au

---

(1) Rein, *op. cit.* p. 616 et s.

(2) Ligne 77, (Corp. Insc. lat. I, nº 198. p. 63). cievis romanus ex hace lege fiet nepotesque (*t*) *um* eiei filio gnateis ceiveis romanei justei sunto... (*suffragiu*) m ferunto inque eam tribum censento, etc.

(3) A. W. Zumpt, dr. cr. II, 1, p. 174.

Sénat dans une certaine mesure ses anciens privilèges. Ce triomphe fut de courte durée. En effet, Cicéron, sans faire mention de cette loi, constate que pendant cinquante années les chevaliers jugèrent sans interruption : « *Cum equester ordo judicaret annos prope quinquaginta continuos* (1) » ; ce qui semble bien indiquer que ce succès fut éphémère. Au surplus, nous connaissons plusieurs procès, datant de la fin du deuxième siècle avant Jésus-Christ, jugés par les chevaliers seuls (T. Albucius, 650 de Rome (2) ; C. Memmius, 652 de Rome) (3) ; dès cette époque la *lex Servilia Cœpio* n'était plus en vigueur.

Aucun texte ne nous indique par qui elle fut abrogée. Il est à présumer qu'elle le fut à la demande d'un partisan des plébéiens, d'un tribun. Nous savons que Servilius Glaucia, mort préteur en l'année 654 de Rome, est l'auteur d'une loi importante sur le jury. Cette dernière doit être postérieure à celle de Servilius Cœpio ; en effet dans le cas contraire on serait obligé d'admettre que dès l'année 650 (date du procès d'Albucius), un autre tribun avait de nouveau obtenu la suppression du privilège des sénateurs. Cette hypothèse

(1) Cic. *in Verr.* I, 13, 38.
(2) Cic. *in Pis.* 38, 92.
(3) Val. Max, VIII, 5, 2. — Cic. *p. Font.* 11, 24.

est peu vraisemblable ; la faveur, dont à sa mort Servilius Glaucia jouissait parmi les chevaliers et les plébéiens, se serait attachée non pas à lui, mais à l'auteur de cette loi nouvelle qui aurait définitivement retiré au Sénat le droit de juger (1). Aussi peut-on considérer Servilius Glaucia comme le promoteur de l'abrogation de la loi Servilia Cœpio ; il a dû le faire alors qu'il était tribun c'est-à-dire vers l'année 649 ou 650 de Rome.

En présence de textes en apparence contradictoires, des doutes se sont élevés sur l'étendue de la réforme tentée par Servilius Cœpio. Tacite (2) semble dire que les jugements furent confiés aux sénateurs ; Cassiodore (3) et Julius Obsequens (4) d'autre part parlent d'un partage entre les chevaliers et les sénateurs.—Klenze et Drumann (5), faisant abstraction de ces deux derniers écrivains, pensent que le jury se composait exclusivement

---

(1) Cic. *Brut.* 62, 224... et plebem tenebat, et ordinem equestrem beneficio legis devinxerat.

(2) Tac. *Ann.* XII, 60 cum Semproniis rogationibus equester ordo in possessione judiciorum locacetur, aut rursum Serviliæ leges senatui judicia redderent...

(3) Cassiod. *Chronic.* His coss. per Servilium Cæpionem consulem judicia equitibus et senatoribus communicata.

(4) Jul. Obs. *prodig. lib.* c. 101, per Cæpionem consulem senatorum et equitum judicia communicata.

(5) Klenze, *op. cit.* p. XV. — Drumann, *Histoire de Rome* (allemand), II, 90; IV, 64.

de sénateurs. — D'après un deuxième système, Servilius Cæpio aurait ouvert les portes du Sénat à trois cents chevaliers (1). Malheureusement aucun texte ne parle de cette énorme fournée de sénateurs. — Aussi préférons-nous accepter une explication qui concilie Tacite et Cassiodore sans recourir à une hypothèse tout à fait problématique. D'après la *lex Sempronia* qui avait réparti entre les deux ordres le *munus judicandi*, les sénateurs jugeaient les procès civils et certains procès criminels, les chevaliers connaissaient de toutes les affaires qui se déroulaient devant le jury. Servilius Cæpio a pu établir un nouveau mode de répartition d'après lequel le jury serait composé partie de chevaliers, partie de sénateurs (2).

Il n'est même pas nécessaire de supposer que les membres des deux ordres sont en nombre égal. Ainsi que nous le verrons, on ne peut procéder au vote définitif du moment qu'un tiers des jurés plus un déclare n'être pas suffisamment éclairé, *sibi non liquere ;* grâce à l'*ampliatio*, la minorité du jury se trouve en mesure de prolonger indéfiniment les débats et d'empêcher ainsi la condamnation de l'accusé. Sous l'empire de la loi Servilia Cæpio on dut faire un usage abusif de cette procé-

(1) Mommsen. *Leges Judic.* (in der Zeitsch. fur Alterth. 1843, p. 815).

(2) A. W. Zumpt, *dr. cr.* II, 1, p. 193.

dure, puisque le premier soin de Servilius Glaucia fut de l'abroger. S'ils avaient formé la moitié du jury, les sénateurs n'auraient pas été obligés de recourir à ce subterfuge ; ils auraient accepté le jugement définitif puisqu'ils pouvaient faire prononcer l'acquittement (1).

En résumé la réforme de Servilius Cæpio a dû consister dans la formation d'un jury mixte composé de sénateurs et de chevaliers. On s'explique ainsi les expressions de Julius Obsequens et de Cassiodore ; on comprend également que Cicéron ait pu dire que durant cinquante années, les chevaliers ont possédé le *munus judicandi ;* sans doute d'après la loi nouvelle, ils n'ont plus ce droit d'une manière exclusive, mais ils font toujours partie du jury, et peut-être même y sont-ils encore en majorité.

Section V. — Lex Servilia Glaucia (649 ou 650 de Rome).

Servilius Glaucia rétablit le monopole judiciaire des chevaliers (2). Le soin de dresser la liste annuelle des jurés est confié au préteur chargé de la présidence du jury.

---

(1) Sic. A. W. Zumpt. *dr. cr.* II, 1 ch. 8.

(2) Ascon. *in Scaur* (Orelli, Schol. II, p. 21) Reus est factus, a. Q. Serv. Cæpione, lege Servilia, cum judicia penes equestrem ordinem essent. — Cic. *Brut.* 62, 224 et equestrem ordinem beneficio legis devinxerat.

A côté de cette réforme, d'importants changements furent introduits dans la procédure. Jusqu'alors, après les plaidoiries et les dépositions des témoins, on votait sur le point de savoir s'il y avait lieu de procéder au jugement définitif ; dans le cas où les deux tiers des jurés ne répondaient pas affirmativement, on recommençait une nouvelle instance. Les débats pouvaient ainsi se prolonger indéfiniment ; lors du procès de L. Aurelius Cotta (623 de Rome), il y eut jusqu'à sept *ampliationes* successives. Pour empêcher le retour de pareils abus, Servilius Glaucia remplaça l'*ampliatio* par la procédure de la *comperendinatio* (1) : une fois les plaidoiries terminées et les témoins entendus, on procède à une seconde action séparée de la première par un intervalle d'au moins un jour franc, et qui se termine nécessairement par le jugement définitif.

Relativement au *crimen pecuniarum repetundarum*, la loi nouvelle réalise une innovation importante en atteignant les tiers complices qui ont aidé les magistrats à commettre des exactions, « *eos ad quos ea pecunia pervenerit* (2). » Toute-

(1) Cic. *in Verr.* I, 9, 26, Glaucia primus tulit ut comperendinaretur reus.

(2) Cic., *p. Rab. Post.* 4, 8. Est enim hæc causa *quo ea pecunia pervenerit*... Sin hoc totidem verbis translatum caput est, quot fuit... in lege Servilia.

tefois ces complices ne peuvent être poursuivis qu'autant qu'ils sont eux-mêmes sénateurs ou magistrats. Jusqu'à Sylla ce fut un principe, que seuls les patriciens et les officiers publics pouvaient être traduits devant le jury ; une exception à cette règle n'eût pas passé inaperçue. Cette observation explique le langage de Cicéron (1) ; si les condamnations résultant de la loi nouvelle ne peuvent jamais être agréables à un homme de bien, c'est que la condamnation d'un membre de l'ordre dirigeant, d'un détenteur du pouvoir est un malheur public que tout bon citoyen doit déplorer. —Pour ces complices, la sanction ne consiste pas dans une peine proprement dite, mais dans l'obligation éventuelle d'indemniser les victimes dans le cas où la fortune de l'accusé principal ne suffirait pas à les désintéresser entièrement (2).

On a quelquefois soutenu que les modifications apportées par la *lex Servilia Glaucia* ne s'appliquaient qu'aux procès de *pecuniis repetundis* ; pour les autres délits des magistrats, subsisterait l'ancienne procédure jusqu'alors en vigueur (3). Cette opinion ne saurait être acceptée ; en effet, on ne peut guère admettre la coexistence simultanée de-

(1) Cic., *p. Balb.* 24.
(2) Cic., *p. Rab. Post.* c. 4, 8 et 9.
(3) Mommsen (dans le corps. Insc. Lat. I, n° 198, 55, IV).

deux listes de jurés formées d'après des règles différentes, l'une composée exclusivement de chevaliers, l'autre comprenant et des chevaliers et des sénateurs (1).

Section VI. — Lex Livia (663 de Rome).

Pour suivre un ordre rigoureusement chronologique, nous devrions maintenant nous occuper de trois lois importantes : (*Lex Peducæa-Memmia, lex Mamilia, lex Apuleia*), qui ont étendu la compétence du jury. Toutefois, il nous semble préférable d'aborder immédiatement l'étude de deux lois (*lex Livia*, *lex Plautia*), qui introduisirent certaines innovations dans la procédure. Cette interversion nous permettra de suivre sans interruption les changements survenus dans l'organisation du jury depuis ses origines jusqu'à Sylla.

En l'année 663 de Rome, Livius Drusus, tribun du peuple, désireux de rétablir l'harmonie entre les différentes classes de la société, proposa et fit adopter une loi aux termes de laquelle les jugements devaient être confiés aux sénateurs et aux chevaliers. Malheureusement, il règne une grande

---

(1) Sic. A. W. Zumpt, *dr. cr.* II. 1, 193 et s. — Voir Klenze, *fragm. leg. Serv.* p. XV.

incertitude quant aux moyens auxquels recourut Livius Drusus pour atteindre ce résultat.

Certains auteurs (1) supposent que l'on fit entrer au Sénat trois cents chevaliers. Ils s'appuyent notamment sur un passage d'Appien (2) qui dit que les sénateurs se plaignirent de ce qu'on avait conféré aux chevaliers une dignité aussi importante ; cette dignité ne peut être que le titre de sénateur. D'ailleurs comment expliquer autrement certains textes ? D'après Aurelius Victor (3), les jugements appartinrent pour parts égales aux chevaliers et aux sénateurs ; d'après Velleius (4), au contraire, la loi nouvelle transféra les jugements aux sénateurs. On ne peut concilier ces deux passages qu'en admettant qu'on adjoignit aux sénateurs un certain nombre de chevaliers. Le langage de Velleius est alors rigoureusement exact, puisque seuls les sénateurs font partie du jury ; on comprend également le langage d'Aurelius Victor, puisque le Sénat vient de s'accroître

---

(1) Pighius. *Ann. III*, 218.— Rudorff. *Hist.*. I, 93.

(2) App. *bell. civ.* I, 35.

(3) Aurel. Vict. *de vir. illust.* 66. Liv. Drusus equitibus curiam, senatui judicia permisit..., senatus permissis judiciis exultabat, sed societatem ægre cum equitibus ferebat.

(4) Velleius II, 13. M. Liv. Drusus..., cum judicia ab equitibus ad eum transferre ordinem (senatum). — Tit. Liv. Ep. LXX. Senatus omni vi eniti cœpit ut ad se judicia transferret, sustinente causam ejus M. Livio Druso, tr. pl.

de trois cents nouveaux membres appartenant à l'ordre équestre.

Cette opinion prête à la critique. Les arguments ne sont nullement décisifs. Appien, parlant des réclamations que souleva la loi nouvelle, dit que les sénateurs firent remarquer qu'on aurait beau conférer le titre de sénateur à un certain nombre de citoyens possédant le cens équestre de quatre cent mille sesterces, ceux-ci n'en conserveraient pas moins des sentiments d'hostilité envers leurs collègues plus anciens ; cette proposition fut discutée, mais rien ne prouve qu'elle fut adoptée. Certaines considérations semblent au contraire combattre cette hypothèse. Cicéron nous apprend qu'une disposition de la loi nouvelle rendant justiciable du jury tout juge coupable de corruption fut vivement attaquée par les chevaliers (1). Dans le système que nous combattons, comment expliquer cette disposition, et surtout l'opposition des chevaliers? S'ils protestent, c'est qu'en principe ils ne sont pas responsables; ils ne sont donc pas sénateurs, car le jury est compétent pour juger tous les crimes qu'un sénateur peut commettre dans l'exercice de ses fonctions (2). Pour répondre

---

(1) Cic. *p. Rab.* 7, 16. Liv. Druso novam in equestrem ordinem quæstionem ferenti, si quis *ob rem judicandam* pecuniam cepisset, aperte equites romani restiterunt.

(2) Voir les réformes de Gracchus.

à cette objection, Mommsen (1) prétend que la loi avait un effet rétroactif, et que Livius Drusus voulait atteindre les juges qui avaient condamné P. Rutilius Rufus, dont le seul tort avait été de faire rendre gorge aux publicains. Mais pour défendre cette hypothèse, Mommsen est obligé de modifier le texte en question ; c'est là un procédé d'interprétation qui ne saurait être accepté.

Aussi préférons-nous l'opinion de A. W. Zumpt (2), qui pense que la liste des jurés comprenait tous les sénateurs et un nombre égal de chevaliers, ces derniers étant pris parmi les plus riches de l'ordre équestre. Appien dépeint la jalousie des chevaliers pauvres à l'encontre de ceux qui ont été choisis.

Cette loi ne fut jamais appliquée ; elle ne devait entrer en vigueur qu'en l'année 664 de Rome, et elle fut abrogée l'année même où elle fut votée (663), au lendemain du jour où périt celui qui l'avait proposée.

Section VII. — Lex Plautia (665 de Rome).

Le tribun Plautius Sylvanus porta une loi attribuant au peuple la nomination du jury, qui de-

---

(1) Mommsen. *Leges Judic.* (in der Zeitsch. fur Alterth. 1843. p. 812 et s. s.), modifie ainsi le texte : si quis *ob rem judicatam.*

(2) A. W. Zumpt, *dr. cr.* II, 1 p. 241 et s. s.

vient ainsi le représentant du peuple romain tout entier. A cet effet chaque tribu nomme chaque année quinze citoyens ; on arrive ainsi à former une liste de quatre cent vingt-cinq noms, parmi lesquels le préteur choisit les jurés pour chaque affaire (1).

Pour pouvoir être élu, il suffit : *a*) d'être ingénu ; *b*) de n'être pas noté d'infamie ; *c*) d'être âgé de plus de trente ans et de moins de soixante. Aucune autre condition n'est exigée ; la victoire devait dès lors appartenir à celui des deux ordres rivaux qui avait su mériter la confiance des électeurs.

On a quelquefois soutenu que cette loi n'eut qu'une durée éphémère, sans apporter toutefois à l'appui de cette opinion des arguments bien solides (2). En effet on ne peut tirer aucune conclusion du silence de Velleius qui omet de citer d'autres lois ayant subsisté pendant un temps assez long, notamment la loi Servilia Glaucia (3) Sans doute Cicéron nous dit que, depuis Gracchus jusqu'à Sylla, les chevaliers ont jugé sans inter-

---

(1) Ascon. *in Corn.* (Orelli, Schol. II, p. 79.). Ex ea lege, tribus singulæ ex suo numero quinos denos suffragio creabant, qui eo anno judicarent. Ex eo factum est ut senatores quoque in numero essent et quidam etiam ex plebe.

(2) Mommsen *Leg. Jud.* (in der Zeitsch. fur Alterth. 1843, p. 828).

(3) Velleius II, 32.

ruption (1) ; mais la loi nouvelle ne les exclut pas ; s'ils n'ont plus le monopole judiciaire, ils peuvent encore faire partie du jury, et cela suffit pour justifier le langage de Cicéron. En résumé, rien ne nous permet d'affirmer que la loi Plautia a eu une longue existence, mais rien ne nous autorise à conjecturer qu'elle fut abrogée presque immédiatement après son adoption ; en l'absence de tout renseignement à cet égard, on peut logiquement supposer qu'elle fut en vigueur jusqu'au jour où Sylla victorieux rendit aux sénateurs leurs anciens priviléges (2).

Section VIII. — Lex Peducæa-Memmia de incestu (641 de Rome).

Après avoir retiré au Sénat le jugement des crimes des magistrats, les chevaliers et les plébéiens devaient s'efforcer d'étendre la compétence du jury de manière à lui permettre d'exercer un contrôle de plus en plus effectif sur l'administration et la marche générale des affaires. C'est dans ce but que furent votées les lois *Peducæa de incestu*, *Mamilia*, *Apuleia de majestate*.

---

(1) Cicero *in Verr.* Act. I, 13, 38. (Voir p. 35).
(2) A. W. Zumpt. *dr. cr.* II, 1, p. 264.

Sur la déposition d'un esclave qui dénonça son maître, on apprit que trois Vestales, Æmilia, Licinia, Marcia, s'étaient rendues coupables d'inceste (1). Elles furent traduites ainsi que leurs complices devant le collége des Pontifes ; une seule fut condamnée, les autres furent acquittées (2). Profitant de l'indignation que souleva cette indulgence excessive, un tribun, Sextus Peducæus, fit voter une loi sur l'inceste des Vestales (641 de Rome) (3).

Les renseignements que nous possédons sont très incomplets. Nous savons que lors du procès d'Antoine, le président du tribunal, le préteur L. Cassius, ne jugeait pas seul ; il était assisté de juges que lui même n'avait pas choisis, sans quoi Valère-Maxime eût employé l'expression *consilium*, consacrée pour désigner les assesseurs que les magistrats s'adjoignaient souvent pour s'éclairer de leurs conseils (4) ; les *judices* étaient vraisemblablement pris parmi les jurés inscrits sur l'*album* du préteur.

Cette extension des attributions du jury était naturelle ; en vertu de son droit de contrôle général

---

(1) Jul. Obseq., 97. — Plut. *quæst. rom.*, 83. — Oros, *hist.* V. 15.

(2) Macrob. *Sat.* I, 10. — Cic. *Brut.* 43.

(3) Cic. *de Deor. nat.* III, 30, 74. Cognosce alias quæstiones — de incestu rogatione Peducæa.

(4) Val. Max. VI, 8, 1. Ille — ultro hortatus est ut se *judicibus* torquendum traderet.

sur toute l'administration, le jury devait connaître des crimes des magistrats et par conséquent de l'inceste des Vestales, dont les fonctions religieuses intéressaient l'organisation même de la République romaine. Aussi le complice ne peut être poursuivi que par application de la règle *accessorium sequitur principale*; on ne peut pas traduire l'accusé principal devant un tribunal, le complice devant un autre. Mais que cette circonstance fasse défaut, nous voyons reparaître le principe que le jury ne juge pas les crimes des simples citoyens. Ainsi en l'année 692 de Rome, Clodius assiste, au mépris des prohibitions de la loi, au sacrifice offert par les Vestales dans la maison du grand prêtre, et ainsi se rend coupable d'inceste religieux. Néanmoins il fallut une loi spéciale pour le traduire devant le jury (1).

Un texte de Valère Maxime soulève une difficulté (2). L'écrivain latin nous rapporte qu'en l'année 641 de Rome, Antoine, alors questeur, se trouvait à Brindisi, lorsqu'il apprit qu'il était accusé d'inceste avec une Vestale. Bien

---

(1) *Lex Fufia.*

(2) Val. Max. III, 7, 9. M. Antonius ille disertus quæstor proficiscens in Asiam Brindisium jam pervenerat : ibi litteris certior factus se incesti postulatum apud L. Cassium prætorem....., cum id vitare beneficio legis Memmiæ liceret, qui *eorum, qui reipublicæ causa abessent, recipi nomen vetabat,* in urbem tamen recurrit.

qu'absent *reipublicæ causâ*, il eût pu invoquer le bénéfice de la *lex Memmia* (1), il revint néanmoins immédiatement à Rome pour se justifier. Cette loi n'est pas une loi générale, en vertu de laquelle les citoyens absents *reipublicæ causa* ne peuvent être poursuivis ; une telle disposition était inutile pour Antoine que sa seule qualité de questeur mettait à l'abri de toute poursuite. Toutefois, cette immunité pouvait disparaître dans certains cas. Cette *lex Memmia* serait donc une loi spéciale sur l'inceste religieux. Le coupable, à raison de la gravité de sa faute, était privé de certaines garanties ; son crime exigeant une prompte réparation, on le traduisait immédiatement devant le tribunal compétent, bien qu'il fût magistrat. Cependant une exception s'imposait ; on ne pouvait condamner un inculpé sans l'avoir entendu, et s'il était absent *reipublicæ causa*, il fallait nécessairement attendre son retour. Cette loi est postérieure à la *lex Peducæa*, qui, la première, déféra au jury l'inceste des Vestales. Comme, d'autre part, on ne peut guère supposer que dans le courant de la même année, deux lois aient été rendues touchant la même question, on est alors conduit à conjecturer avec A. W. Zumpt, que les tribuns Sextus Pe-

(1) Selon Pighius. *Ann.* (cité par A. W. Zumpt, *dr. cr.* II, 1, note 122), il faudrait lire *lex Remmia* et non pas *lex Memmia*.

ducæus et Memmius ont conjointement proposé une loi *de incestu Vestalium*, qui, dès lors, doit s'appeler du nom de ses deux co-auteurs *lex Peducæa-Memmia*.

Section IX. — Lex Mamilia (644 de Rome).

Vers l'année 643 de Rome, le bruit se répandit que certains magistrats, chargés de combattre Jugurtha, en avaient reçu des présents, en échange desquels ils lui avaient offert des conditions très avantageuses. Pour pouvoir punir de tels faits, il fallait avoir des preuves précises, irrécusables. Le tribun Memmius proposa d'offrir à Jugurtha lui-même un sauf-conduit pour venir déposer devant les comices (1) ; une coalition des parties intéressées empêcha ce projet d'aboutir. Mais, à la demande d'un autre tribun, Mamilius, on confia au jury le soin de juger les faits incriminés (2). Cette loi provisoire avait un effet rétroactif nettement tranché, puisqu'elle ne visait que des faits passés. On nomma trois présidents, entre autres M. Æmilius Scaurus ; il y eut donc trois commissions siégeant simultanément. Cette mesure s'explique à

(1) Sall. *Jug.* 32.

(2) Cic. *Brut.* 33, 127; 34, 128. — Schol. Bobb. *in orat. p. Sest.* (Orelli, Schol. II, p. 311). — Sall. *Jug.* 40, 65.

raison du caractère même de la loi; il s'agissait de liquider une situation antérieure, et il fallait aller aussi vite que possible.

La sanction était très sévère ; la peine capitale, *interdictio aquæ et igni*, était prononcée contre quiconque était reconnu coupable par le jury.

Section X. — Lex Apuleia de majestate. (651 de Rome).

Apuleius ayant été deux fois tribun en l'année 651 et en l'année 654, des doutes se sont élevés sur la date de sa *lex de majestate*, qui, la première, s'occupe d'une manière spéciale du *crimen majestatis*. — Certains auteurs la placent à l'époque de son second tribunat. (654 de Rome) (1). Dans ce système, on s'explique peu comment Appien, qui nous rapporte si exactement les événements de cette époque, ne fait pas mention d'une mesure si importante. — Aussi nous semble-t-il plus exact de rapporter cette loi à son premier tribunat sur lequel nous ne possédons que des renseignements incomplets (2). D'ailleurs Cicéron (3) paraît indi-

---

(1) Pighius. *Ann.* III, 175. — Rein. *op. cit.* p. 508.

(2) Pighius. *Ann.* III, 163, qui se contredit à quelques pages de distance. — A. W. Zumpt *dr. cr.* II. 1 p. 228 et s.

(3) Cic. *Act. ad Herenn.* I, 12, 21. — L. Saturninus legem frumentariam de semissibus et trientibus laturus.... Cæpio cum viris bonis impetum facit, pontes disturbat, cistas dejicit, impedimento est quominus feratur ; arcessitur Cæpio majestatis.

quer qu'il a existé une certaine connexité entre la *lex frumentaria*, proposée par Apuleius en l'année 651, et la *lex de majestate*, connexité qui s'explique naturellement. Apuleius ne dut l'avortement de la première qu'à un acte de violence inouïe de la part du questeur Q. Cæpio. Il n'est pas surprenant que ces faits aient éveillé en lui l'idée d'empêcher le retour d'actes semblables par une loi garantissant l'inviolabilité des représentants du peuple romain.

A l'origine, tout acte nuisible à l'Etat constituait le *crimen perduellionis*, dont le jugement appartenait au peuple réuni dans ses comices. Apuleius en retrancha le *crimen majestatis* qu'il déféra au jury. Mais la définition de ce nouveau délit est aussi vague que celle de l'ancien crime de *perduellio*. La loi, en effet, ne contient aucune énumération limitative des faits « *quæ minuunt majestatem* ». L'orateur Antoine, défendant l'ex-tribun Norbanus, soutient que ce dernier n'a pas porté atteinte à la majesté romaine ainsi que le dit la *lex Apuleia*, « *tamen ab illo minutam nego, ex quo verbo lege Apuleia tota causa dependebat* (1) » ; la majesté, c'est la grandeur du peuple romain ; y porte atteinte quiconque nuit à la considération de la cité.

Il est à présumer que seuls les magistrats et les sénateurs tombaient sous le coup de cette loi.

---

(1) Cic. *de Or.* II, 25, 107.

Jusqu'à Sylla, ainsi que nous l'avons déjà dit, le jury ne connaît pas des délits des simples citoyens ; en outre, tous les procès, que nous connaissons, se réfèrent à des magistrats et à des sénateurs.

L'accusé déclaré coupable est puni de la peine capitale *(interdictio aquæ et igni)*.

Section XI. — Lex Varia (664 de Rome).

A la mort de Livius Drusus, au moment où surgit la guerre sociale qui menaça d'anéantir l'existence de la république romaine, le tribun Q. Varius Hybrida fit adopter une loi destinée à compléter celle du tribun Apuleius, en précisant certains faits constituant le *crimen majestatis*.

Les auteurs ne sont pas d'accord sur sa date précise. — Rein et Rudorff (1) invoquant ce fait qu'Appien (2) parle de la *lex Varia* aussitôt après avoir raconté le meurtre de Livius Drusus, en concluent qu'elle fut votée presque au lendemain de la mort de l'ex-tribun, c'est-à-dire en l'année 663. — A. W. Zumpt (3) combat avec raison

(1) Rein. *op. cit.* p. 509. — Rudorff. *Hist.* I, 82.
(2) App. *Bell. civ.* I, 37.
(3) A. W. Zumpt. *dr. cr.* II, 1, p. 250.

cette opinion. L'argument tiré du texte d'Appien ne prouve absolument rien. Dans tous les cas il ne peut prévaloir contre les considérations suivantes. Cicéron (1) constate que cette loi est postérieure à l'explosion de la guerre sociale qui éclata seulement après la mort de L. Drusus, arrivée à la fin de l'année 663. En outre nous savons que Q. Varius fut tribun en l'année 664 (2), et qu'il joua un rôle important durant la guerre civile. Or, à moins de supposer que sa *lex de majestate* fut votée dans le court espace de temps qui s'écoule entre le 10 décembre 663, date de l'entrée en fonction des tribuns, et le 1er janvier de l'année 664, ce qui est peu vraisemblable, on doit admettre qu'elle date de l'année 664.

Les dispositions nouvelles visent spécialement ceux qui par leur faute ont provoqué la guerre sociale, qu'ils aient directement poussé les alliés à la révolte, en les engageant à réclamer le *jus civitatis*, ou que par des mesures oppressives ils les aient en quelque sorte mis dans la nécessité de se révolter. La loi nouvelle n'atteint que les magistrats. Les textes militent en faveur de cette interprétation restrictive. En disant que Varius

---

(1) Asc. *in Scaur.* (Orelli, Schol. II, p. 22). Italico bello exorto cum ob sociis negatam civitatem in invidia nobilitas esset, Q. Varius tr. pl. legem tulit...

(2) Cic. *de Or.* III, 1, 2; 2, 6.

punissait ceux qui par leur dol obligeaient les alliés à prendre les armes, Valère-Maxime (1) semble bien indiquer que ce sont les exactions, les injustices des officiers publics que la loi veut réprimer. Si ces faits proviennent d'un simple particulier, les alliés peuvent s'adresser au magistrat qui prendra les mesures nécessaires pour empêcher le retour d'actes semblables, et ordonnera au besoin la réparation du préjudice causé. Ce n'est que le jour où, loin de protéger ses administrés, le magistrat devient lui-même l'auteur ou le complice de pareils méfaits que les victimes n'ont d'autre ressource que la révolte.

La loi s'occupe également des relations que les détenteurs de la puissance publique peuvent entretenir avec les ennemis de Rome; ainsi Scaurus, *princeps senatus*, fut traduit devant le jury *lege Varia* pour avoir reçu de l'argent de Mithridate et avoir ainsi trahi la patrie (2).

Enfin Q. Varius lui-même à l'expiration de ses pouvoirs fut accusé également *lege Varia*, à raison des violences dont il s'était rendu coupable, lors de son tribunat, vis-à-vis des autres magistrats (3).

En résumé cette loi avait une portée générale

---

(1) Val. Max. VIII, 6, 4, Varius.... tr. pl. legem adversus intercessionem collegarum perrogavit quæ jubebat quæri, quorum dolo malo socii ad arma ire coacti essent.

(2) Cic. *p. Scaur.* I, 3. — Quint. V. 10, 9.

(3) Val. Max. VIII, 6, 4.

et punissait quiconque lésait la majesté romaine, soit au dehors en suscitant à la république des difficultés avec les alliés ou les peuples étrangers, soit au dedans en violant la légalité et en méconnaissant les prérogatives de ceux auxquels le peuple avait délégué ses pouvoirs.

Section XII. — Lex Plautia de vi (665 de Rome).

Cicéron et Salluste citent à plusieurs reprises une *lex de vi Plautia* sans en désigner l'auteur d'une manière précise. L'histoire nous a laissé le souvenir de deux Plautius, l'un qui fut tribun en l'année 665, l'autre qui le fut en l'année 677. Il est peu vraisemblable que ce dernier soit l'auteur de cette loi; ce fut lui qui demanda et obtint le rappel d'Æmilius Lepidus condamné pour les violences dont il s'était rendu coupable durant la guerre civile; on ne peut guère supposer qu'il ait ainsi fait lui-même échec à sa propre loi et en ait demandé une abrogation partielle.

Les circonstances, au contraire, expliquent les motifs qui, en l'année 665, ont déterminé le tribun Plautius à réclamer cette nouvelle mesure. Sous son tribunat, les créanciers à l'instigation de de L. Cassius tuent le préteur A. Sempronius Asellius qui avait remis en vigueur les lois sur

l'usure (1). Il fallait punir le fauteur de ce crime, et pour y arriver plus sûrement, le traduire devant le jury ; pour cela une loi était nécessaire. D'ailleurs les créanciers étaient en grande partie des chevaliers dont le tribun Plautius était l'adversaire politique, puisque sa loi sur le jury avait surtout pour but de briser leur toute-puissance.

La loi nouvelle ne punit pas toute espèce de violence; seuls les actes revêtant un caractère politique, dirigés contre la chose publique, et commis soit par des sénateurs soit par des magistrats, sont déférés au jury. Plautius voulait surtout atteindre L. Cassius instigateur du meurtre d'A. Sempronius Asellius.

Il existe entre le *crimen de vi* et le *crimen de majestate* une étroite connexité. On peut en effet se demander si ce n'est pas porter atteinte à la majesté romaine que de se livrer à des voies de fait contre les représentants de l'autorité, et empêcher de la sorte la marche régulière des affaires publiques. Toutefois, malgré cette analogie, on doit reconnaître que la loi nouvelle vint combler une lacune importante dans le droit criminel. Il peut y avoir *minutio majestatis* sans violence; tel est le cas d'un magistrat qui entretient des relations avec l'ennemi. A l'inverse toute violence ne

---

(1) Tit. Liv. *Ep.* LXXIV — Val. Max. IX, 7, 4 — App. *Bell. civ.* I, 54.

réunit pas les éléments constitutifs du *crimen majestatis*; il faut examiner le but poursuivi par l'auteur du fait incriminé, les conséquences qui en sont résultées : ainsi, dans le procès de Norbanus, Antoine reconnaît bien les violences mais conteste qu'il y a eu *minutio majestatis*, parce que son client a agi dans l'intérêt de la chose publique. La loi Plautia décida que, dans tous les cas, la violence constituerait un délit spécial, *sui generis*, qui serait déféré au jury.

CHAPITRE II

DES QUÆSTIONES PERPETUÆ D'APRÈS LES RÉFORMES DE SYLLA

Section I. — Réformes dans la procédure

L'arrivée de Sylla au pouvoir, conséquence de la victoire que l'aristocratie venait de remporter sur les plébéiens, devait amener à bref délai l'anéantissement des réformes démocratiques que Gracchus était parvenu à réaliser. Le droit criminel subit le contre-coup de cette réaction.

Le tribunat fut ramené à sa condition primitive. Les tribuns n'ont plus que le *jus auxilii et intercessionis* (1) ; ne pouvant plus réunir les comices qu'avec l'autorisation du Sénat, ils perdent ainsi implicitement le droit de traduire devant le peuple les magistrats concussionnaires.

Les sénateurs seuls peuvent être jurés. A la suite de la guerre civile, un grand nombre de sénateurs étaient morts ; d'autres avaient été bannis

(1) Cic. *de leg.* III, 9, 22 ; *in Verr.* II, 1, 60, 155. — Velleius II, 30. — A. W. Zumpt, *dr. cr.*, II, 1, 307-323.

et déclarés déchus de leurs titres. Pour combler ces vides, Sylla fit entrer au Sénat trois cents chevaliers qu'il désigna lui-même (1).

En outre, il prit des mesures spéciales pour répartir d'une manière égale les fonctions de jurés, qui devaient désormais constituer une charge assez lourde, ceux-ci étant appelés à connaître même des crimes de droit commun. A cet effet, le Sénat fut divisé en un certain nombre de décuries, chacune d'elles fournissant dans un ordre déterminé le jury de jugement. Mais, en l'absence de renseignements précis, bien des systèmes se sont fait jour relativement à cette organisation. — Certains auteurs (2) pensent qu'il n'y avait que deux ou trois décuries. Cette opinion, qui ne repose sur rien, se heurte selon nous à une objection décisive ; il est impossible que les Romains aient désigné du nom de *décurie* un groupe d'environ deux cents sénateurs. — Selon d'autres, il y avait autant de décuries que de commissions. Ce dernier système, défendu par W. Willmanns (3), aboutit à cette conséquence que, pendant un an, chaque décurie connaît exclusivement d'une certaine caté-

---

(1) App. *bell. civ.* I, 10.

(2) Madvig, *de tribunis ærariis* (dans ses Opuscula Academica. Copenhagen, 1842. p. 261). — C. T. Zumpt, *op. cit.* p. 37.

(3) Willmanns, *op. cit.* (rh. Mus. 1864, p. 530).

gorie de crimes ; il y a une étroite connexité entre une quæstio et une décurie ; celle-ci devant fournir les juges appelés à juger toutes les affaires ressortissant à cette quæstio. Nous verrons plus loin que cette conséquence est inadmissible; il suffit actuellement, pour montrer le vice du système, de faire remarquer qu'il suppose entre les différentes quæstiones une séparation complète qui n'a jamais été admise par les Romains. — Une troisième hypothèse, présentée par A. W. Zumpt (1), nous paraît plus exacte. Par un souvenir de ce qui s'était passé à la mort de Romulus (2), Sylla divisa le Sénat en 10 décuries. Cette opinion, qui s'appuie sur un précédent historique, a l'avantage de rendre compte de l'expression *decuria*. Cette répartition fut faite pour la première fois par Sylla ; dans la suite, cette tâche dut être confiée au préteur urbain, dont le rôle, du reste, se bornait à combler les vides, en attribuant aux nouveaux sénateurs les décuries où des vacances avaient pu se produire.

Il nous reste maintenant à rechercher comment on désignait pour chaque procès la décurie qui devait fournir le jury de jugement. — Selon W. Willmanns, chaque année, le sort attribue à

(1) A. W. Zumpt., *dr. cr.* II, 2, p. 98 et s. s.
(2) Tit. Liv. I, 17.

chaque quæstio une décurie de sénateurs qui, pendant un an, jugent seuls tous les procès étant de la compétence de ce tribunal. A l'appui on invoque l'exemple de C. Fabricius, Scamander, Oppianicus, qui, convaincus d'avoir tenté d'empoisonner A. Cluentius, furent *successivement* traduits devant les mêmes juges. « *C. Fabricium statim reum fecit..... Apud eosdem judices reus (Oppianicus) factus est...., ab iisdem judicibus.... accusatus est apud eos qui Scamandrum, ministrum Oppianici, C. Fabricium, conscium maleficii, condemnarant* (1) ». Cette coïncidence peut seulement s'expliquer en admettant que pendant un certain temps la même décurie connaît de tous les crimes ressortissant à la même quæstio. — L'argument prouve trop pour être décisif; même dans ce système on est obligé de reconnaître qu'après le tirage au sort, les récusations, la liste des jurés n'aurait pas pu être identique dans les trois procès, comme le répète à plusieurs reprises Cicéron. Il était d'ailleurs naturel que ces complices « *propter causæ conjunctionem* » (2) fussent traduits devant les mêmes jurés ; mais c'est là une hypothèse toute spéciale dont on ne peut tirer aucune conclusion. En outre, ce système soulève des objections

(1) Cic. *p. Clu.* 20, 56.

(2) Cic. *p. Clu,* 20, 56 ; 22, 59.

théoriques assez graves et se trouve en contradiction avec certains textes précis. Cette répartition annuelle aurait établi entre les différentes décuries des inégalités qui, pour n'être que temporaires, n'en auraient pas moins été choquantes ; celles notamment qui auraient été chargées de juger les crimes des magistrats auraient été investies d'une puissance analogue à celle des chevaliers, puissance que Sylla n'avait pas abattue pour la rétablir sous une autre forme. D'ailleurs, comment expliquer dans ce système la procédure de la *subsortitio?* Si, pendant un an, tel groupe de sénateurs peut seul participer au jugement de telles affaires, on ne comprend pas que, dans certains cas, il soit permis de choisir des jurés appartenant à un autre groupe. L'existence de la *subsortitio* semble contredire toute compétence exclusive des différentes décuries. Enfin, il n'est guère possible de ne tenir aucun compte de l'opinion du scholiaste Gronovius : « *Per decurias erat senatus divisus, unam decuriam prætor dabat ut ex hac judices rejicerentur* (1). Pour chaque affaire le préteur désignait la décurie appelée à fournir le jury de jugement ; il devait probablement dans ce choix observer certaines règles, suivre un ordre déterminé ; mais l'absence de renseignements ne permet pas de préciser davantage.

(1) Schol. Gron. *in act. I in C. Verr.* (Orelli, Schol. II, p. 392)

Enfin le jury devient compétent pour connaître des crimes des simples citoyens. Toutefois la distinction entre les crimes des magistrats et les crimes de droit commun, qui désormais relèvent des mêmes tribunaux, ne disparaît pas entièrement ; il subsiste toujours entre ces deux catégories d'infractions des différences assez sensibles quant à la procédure.

1° Pour les crimes des magistrats, le nombre des jurés est au maximum de quinze (1) ; pour les autres, il est de trente-deux (2). Cette anomalie s'explique dans une certaine mesure. Dans les procès des magistrats on peut craindre que les jurés ne se laissent guider par des considérations étrangères à la cause. C'est à ce danger que cette mesure devait obvier ; en effet, plus il y a d'écart entre le nombre des jurés appelés éventuellement à figurer aux débats et de ceux effectivement désignés par le sort, plus considérable est le rôle du hasard dans la formation de la liste, et plus grandes sont les chances d'obtenir un jury impartial.

---

(1) Arg. Cic. *in Verr.* I, 10, 30. Parlant de huit jurés appelés à statuer sur le sort de Verrès, Cicéron emploie l'expression *prope toto consilio* ; ne doit-on pas en conclure que ceux-ci forment tout au moins la majorité du tribunal ? Sic. A. W. Zumpt, *dr. cr.* II, 1, p. 120. — Contrà Willmanns, *op. cit.* (rh. Mus. p. 539).

(2) Cic. *p. Clu.* 27, 74. In consilium erant ituri XXXII judices, Sententiis XVI absolutio confici poterat.

2° Les simples citoyens ne peuvent exercer que trois récusations, les sénateurs peuvent en exercer un plus grand nombre (1). Mais ce privilége s'applique-t-il même aux sénateurs accusés de crimes ordinaires, ou ne peut-il être invoqué que par ceux qui sont poursuivis pour des faits relatifs à leurs fonctions? Cette dernière hypothèse est préférable (2); elle a l'avantage de concorder avec la division générale entre les crimes ordinaires et les crimes des magistrats.

3° Servilius Glaucia avait remplacé, ainsi que nous l'avons vu, l'*ampliatio* par la *comperendinatio*. Sous l'empire de la législation de Sylla, cette dernière procédure est encore usitée dans les procès de *pecuniis repetundis* (3). Mais dans les procès relatifs aux crimes de droit commun, on voit reparaître l'*ampliatio*. (4). — Sur ces données, quelques auteurs (5) ont conjecturé que Sylla avait rétabli l'*ampliatio* pour tous les délits qui sont de la compétence du jury, à l'exception du *crimen pecuniarum repetundarum*. — Cette hypothèse

(1) Cic. *in Verr.* II, 31, 77, homines qui extra ordinem istum (*senatum*) sunt, quibus ne rejiciendi quidem amplius quam trium judicum præclaræ leges Corneliæ faciunt potestatem; I, 7, 18; III, 41, 97.

(2) Sic. A. W. Zumpt, *dr. cr*, II, 2, p. 117.

(3) Cic. *p. Font.* 13, 30 ; *p. Scaur*, § 29.

(4) Cic. *p. Clu.* 20, 55, Scamander *prima actione* condemnatus est.

(5) Geib, *op. cit.*, p. 361.

prête à la critique : comment admettre, en effet, que la procédure ne soit pas la même pour tous les crimes des magistrats, entre lesquels il existe une connexité telle que souvent le même acte peut constituer plusieurs délits ? C'est ainsi, notamment, que les exactions peuvent être considérées comme une violation de la majesté romaine. Il est préférable d'admettre que Sylla, tout en rétablissant l'*ampliatio* pour les crimes ordinaires, conserva la *comperendinatio* pour tous les délits des magistrats. Cette distinction est d'ailleurs assez rationnelle. L'ancienne procédure de l'*ampliatio* étant plus rapide, puisque immédiatement après les plaidoiries et les dépositions des témoins, on peut procéder au jugement, il était naturel de l'employer pour les procès relatifs aux crimes de droit commun qui sont les plus nombreux. Mais cet avantage se trouve contrebalancé par certains inconvénients. Avec cette procédure les débats peuvent se prolonger outre mesure ; parfois, c'est la minorité du jury qui, pour empêcher une condamnation certaine, réclame indéfiniment une nouvelle action ; dans d'autres cas, c'est la majorité elle-même qui recourt à ce subterfuge ; désirant sauver l'accusé malgré son évidente culpabilité, et craignant de soulever l'indignation générale, les jurés demandent la réouverture des débats jusqu'au jour où ils croient possible de rendre un

verdict d'acquittement sans froisser l'opinion publique. Ce fait, devant surtout se produire dans les procès relatifs aux crimes des magistrats qui, plus que tous les autres, attiraient l'attention des citoyens, on comprend que Sylla ait rétabli pour le jugement de ces affaires, la *comperendinatio* qui empêche de pareils abus (1).

4° Dans les procès des magistrats, le vote est toujours secret (2). Dans les procès relatifs aux crimes de droit commun, l'accusé peut, s'il le préfère, réclamer le vote oral ; dans ce second cas le sort désigne l'ordre dans lequel les jurés seront appelés à formuler leur opinion (3).

Cette extension des attributions du juŕy eut pour conséquence l'augmentation du nombre des préteurs. La compétence respective de ces derniers fut déterminée d'une manière précise; le préteur urbain et le préteur pérégrin restèrent exclusivement chargés de la juridiction civile : la juridiction criminelle fut confiée à six autres préteurs ; quatre d'entre eux durent s'occuper des délits ordinaires et des délits des magistrats et des sénateurs.

---

(1) A. W. Zumpt, *dr. cr.*, II, 1, p. 125 et s.

(2) Arg. Cicéron *(in Verr.* I, 13*)* dit que l'acquittement de Verrès discréditerait le Sénat tout entier.

(3) Cic. *p. Clu.* 27, 25. Consurgitur in consilium, cum sententias Oppianicus, quæ tum erat potestas, palam ferri velle dixisset. ut Staienus scire posset quid cuique deberetur.... 28, 75. Ecce tibi ejus modi sortitio ut in primis Bulbo, et Guttœ et Staieno esset judicandum.

Section II. — Réformes dans le droit criminel.

Non content d'avoir restitué au Sénat ses anciens priviléges, d'avoir étendu la compétence du jury, Sylla introduisit dans le droit criminel proprement dit, soit quant aux éléments constitutifs des délits, soit quant aux peines, des changements assez importants qu'il nous reste à étudier.

§ 1. — Crimes des magistrats.

I. *Lex Cornelia de majestate.* — En présence des textes précis que nous possédons (1), nous ne pouvons pas douter que Sylla ne soit l'auteur d'une loi sur la majesté romaine que les circonstances expliquent d'ailleurs suffisamment. La guerre civile avait amené dans l'administration une anarchie, une confusion à laquelle il fallait mettre un terme : tel fut le but poursuivi par

(1) Cic. *in Pis.* 21, 50. — Asc. *in Corn.* (Orelli, Schol. II, p. 59). Quo anno Cicero prætor fuit, duo fratres Cominii lege Cornelia de majestate reum Cornelium fecerunt.

Cic. *in Pis.* 21, 50. — Exire de provincia, educere exercitum, bellum sua sponte gerere..... tum lex Cornelia majestis planissime vetat.

Sylla qui compléta l'œuvre de Varius et d'Apuleius en étendant la définition du *crimen majestatis*.

La loi nouvelle punit tout excès de pouvoir. Il est notamment interdit aux gouverneurs de quitter leur province, de lever des troupes, de faire la guerre sans en avoir obtenu l'autorisation, de percevoir aucune taxe en dehors des cas limitativement déterminés. Est encore considéré comme coupable du *crimen majestatis* tout fonctionnaire qui, par son dol ou même par sa simple faute, a compromis la dignité romaine ; ainsi peut être déféré au jury tout chef d'armée qui, sans motif suffisant, abandonne une place forte, ou relâche des prisonniers de guerre. De même les magistrats doivent faire respecter en leur personne le peuple romain dont ils sont les représentants ; aussi sont-ils obligés de rendre compte immédiatement au Sénat des insultes qu'ils peuvent recevoir dans l'exercice de leurs fonctions (1).

Depuis Sylla, les crimes de droit commun étant de la compétence des *quæstiones perpetuæ*, on peut se demander si d'après la loi nouvelle le jury n'est pas appelé à connaître des actes par lesquels un simple citoyen porterait atteinte à la majesté romaine. Il est difficile de se prononcer d'une

(1) Cic. *in Verr.* I, 33, Cur imminuisti jus legationis ? cur injurias tuas conjunctas cum publicis reliquisti ?

manière catégorique. Toutefois il semble que cette *lex Cornelia* ne visait que les sénateurs et les magistrats. En effet, nous ne connaissons aucun simple citoyen poursuivi et condamné en vertu de cette loi. Il y a plus : pour atteindre M. Lepidus qui, à la mort de Sylla, avait cherché à renverser l'ordre des choses établi par le célèbre dictateur, le consul Lutatius fut obligé de proposer une loi spéciale *de vi*. Pourtant, cette tentative réunissait tous les éléments constitutifs du crime de majesté *majestatem minuit is qui per vim multitudinis rem ad seditionem vocavit* ; on ne peut expliquer la nécessité de cette nouvelle mesure qu'en admettant que M. Lepidus, simple citoyen, ne tombait pas sous le coup de la *lex Cornelia de majestate*.

La sanction consistait dans l'*interdictio aquæ et igni*, c'est-à-dire la pleine la plus sévère que le jury pût prononcer. Sylla sanctionnait ainsi d'une manière très rigoureuse les obligations imposées aux détenteurs de la puissance publique.

II. *Lex Cornelia de ambitu*. — Des doutes se sont élevés sur le point de savoir quel était l'auteur de la *lex Cornelia de ambitu* dont parle le scholiaste de Bobbio, et aux termes de laquelle était déclaré incapable, pendant dix années, d'aspirer aux fonctions publiques, tout candidat à une magistrature convaincu d'avoir recouru à des moyens illi-

cites pour assurer son élection (1). — Certains auteurs (2) l'attribuent aux consuls Cornelius et Bæbius (573 de Rome) qui effectivement se sont occupés de la corruption électorale. — D'autres (3) pensent que le passage du scholiaste se réfère aux consuls Cornelius et Fulvius, qui en l'année 603 de Rome édictèrent des mesures spéciales pour empêcher la vénalité des suffrages. Ces deux opinions nous paraissent devoir être rejetées : dans les deux cas, nous nous trouvons en présence de lois présentées conjointement par deux consuls et qui dès lors s'appellent *lex Cornelia-Bæbia*, *lex Cornelia-Fulvia*, et non pas simplement *lex Cornelia*. En outre, le même scholiaste constate que peu de temps après (*aliquanto postea*) fut votée la *lex Calpurnia de ambitu* (687 de Rome.) ; or on ne peut évidemment pas dire de deux lois séparées par un intervalle de 84 ou de 114 ans qu'elles se sont suivies de près. — Dans un troisième système (4), on admet qu'il s'agit ici d'une loi de Sylla. Cette

---

(1) Schol. Bobb. *in Cic. p. Sull.* (Orelli, Schol. II, p. 361). Nam superioribus temporibus damnati *lege Cornelia* hoc genus pœnæ ferebant, ut magistratuum petitione per decem annos abstinerent. *Aliquanto postea* severior lex Calpurnia et pecunia multavit, et in pepetuum honoribus jussit carere damnatos. Habebant tamen licentiam Romæ manendi.

(2) Becker, *Antiquités romaines* (allemand), II, 2, 41.

(3) Rein, *op. cit.* p. 708.

(4) Mommsen *de colleg. sod.* p. 44. — Rinkes. *Disputatio de crimine ambitus et de sodaliciis apud Romanos tempore liberæ Reipubicæ.* (Lyon, 1854) p. 60.

conjecture ne prête pas aux critiques que nous venons d'exposer et tient mieux compte des mots employés, car ainsi que l'a fait remarquer Rinkes, dans Cicéron, l'expression *lex Cornelia* se réfère toujours à Sylla ; il en est vraisemblablement de même dans le scholiaste.

III. *Lex Cornelia de pecuniis repetundis.* — D'après une opinion généralement reçue (1), cette loi s'occuperait spécialement de l'administration des provinces :

1° Les gouverneurs doivent veiller à ce que les cités n'allouent pas des frais de route excessifs aux délégués qu'elles envoient à Rome (2).

2° D'après un usage assez répandu, les habitants des provinces, pour s'attirer les faveurs de leurs gouverneurs, leur élevaient des statues et ouvraient dans ce but des souscriptions. Quoiqu'en principe ils fussent libres de souscrire ou de ne pas souscrire, en fait les administrés étaient soumis à une violente contrainte. Ils avaient tout à redouter de ces proconsuls, de ces propréteurs tout puissants qui, bien que tenant fort peu à ces monuments desti-

---

(1) Rein, *op. cit.* p. 621. — Rudorff, *Hist.* I, p. 78. — Contrà, Laboulaye, *op. cit.* p. 269.

(2) Arg. Cic. *Epist.* III, 10, 6. Ad me adire quosdam memini, nimirum ex Epicteto, qui dicerent nimis magnos sumptus legatis decerni : Quibus ego non tam imperavi quam censui sumptus legatis *quam maxime* ad legem Corneliam decernendos.

nés à perpétuer leur nom, ne reculaient devant aucun moyen pour faire grossir le montant de ces souscriptions, parce que ces dernières ne recevant pas leur destination, leur permettaient de s'enrichir assez rapidement. Verrès se procura de la sorte trois millions de sesterces. Pour empêcher le retour de pareils abus, Sylla décida que, désormais, l'argent recueilli devrait recevoir son emploi dans un délai de cinq ans (1).

3° La sanction consiste, selon les uns, dans une condamnation au quadruple, selon d'autres, dans l'obligation de restituer deux fois et demie le montant des sommes indûment perçues (2).

4° Enfin, la loi nouvelle abroge les dispositions antérieures défendant aux gouverneurs de faire aucun achat dans leur province (3).

Ce système, malgré la valeur des arguments invoqués, nous semble devoir être rejeté.

---

(1) Arg. Cic., *in Verr.* II, 58, 142. Scilicet expectemus illud legitimum quinquennium; si hoc intervallo non consumpserit, tum denique nomen ejus de pecuniis repetundis statuarum nomine deferemus.

(2) Ps. Asc. (Orelli, Schol. II, p. 110). Alii dicunt quadruplatores esse eorum reorum accusatores qui convicti quadrupli damnari soleant. — Cic. *in Verr.* I, 10, 56. Dicimus Verrem.. quadringenties sestertium ex Sicilia abstulisse. *Div. in Q. Cæl.* 5. 19, quo nomine abste sestertium millies ex lege repeto.

(3) Arg. Cicéron ne reproche jamais à Verrès d'avoir fait des achats en Sicile ; il soutient simplement que ces prétendus achats ne sont que fictifs.

1° Il est à priori peu vraisemblable qu'une loi sur les exactions ordonne aux gouverneurs de surveiller la gestion financière des cités et d'empêcher ces derniers de s'imposer des charges trop lourdes. Tout manquement à ce devoir peut constituer une négligence coupable, mais on ne peut y voir un acte concussionnaire, on ne peut pas condamner un magistrat à restituer ce qu'il n'a pas reçu. D'ailleurs, la lettre de Cicéron que l'on invoque est postérieure à la *lex Julia de pecuniis repetundis*, qui dans tous les cas aurait abrogé cette *lex Cornelia*. Il s'agit donc ici, non pas d'une loi générale, mais d'une loi particulière, relative à l'administration d'une province, probablement celle d'Asie que Sylla avait administrée en qualité de propréteur (663 de Rome). Il est possible qu'à cette époque il ait réglé d'une manière générale les obligations des magistrats placés à la tête de cette province. Cette conjecture nous rend compte de l'expression *quam maxime* qui se trouve dans le texte ; bien que cette *lex Cornelia* ne fût pas obligatoire pour Cicéron, gouverneur de la province de Cilicie au moment où il écrit, il s'en est néanmoins inspiré dans une certaine mesure.

2° L'accusateur de Verrès reproche bien à ce dernier d'avoir détourné de leur destination les sommes qu'il avait reçues *statuarum nomine*, mais il ne cite pas la loi qui a été violée, et rien ne

permet de sous-entendre ici une *lex Cornelia*. La loi du tribun Calpurnius Piso interdisant aux gouverneurs d'accepter aucun don devait néanmoins les autoriser à recevoir de l'argent pour se faire élever des statues ; autrement, il faudrait admettre, contrairement aux progrès constants du droit criminel romain, que Sylla s'est montré moins sévère que ses prédécesseurs dans la répression du *crimen pecuniarum repetundarum*.

3° Sans doute Calpurnius Piso avait défendu aux gouverneurs d'acheter des esclaves dans leur province, mais c'était là une disposition toute spéciale (1) ; on n'est donc pas obligé, pour expliquer le langage de Cicéron, d'attribuer à Sylla une loi abrogeant une prohibition qui n'a jamais existé.

4° Les prétendus changements relatifs à la peine sont bien incertains ; les divergences d'opinions qui se sont produites sur ce point parmi les auteurs en sont la preuve évidente. — Dans un premier système (2) on invoque ce fait que Cicéron, après avoir évalué à quarante millions le montant des exactions de Verrès, réclame, au nom des Siciliens, une indemnité de cent millions. Mais on ne peut pas attacher ici une telle importance aux paroles de Cicéron qui, à cause de son rôle d'ac-

(1) Voir chap. I, sect. 1, p. 12.
(2) C. T. Zumpt, *op. cit.*, I, 38 et 55.

cusateur, est naturellement enclin à l'exagération. D'ailleurs, ces chiffres fussent-ils mathématiquement exacts, on n'en pourrait rien conclure. Le *crimen pecuniarum repetundarum* comporte des nuances, des degrés. Le magistrat peut ou bien avoir reçu des dons à lui volontairement offerts, ou bien avoir usé de violence pour se procurer des ressources. La peine ne saurait être la même dans ces deux cas que les Romains ont toujours nettement distingués. Pour arriver à une conclusion définitive, il faudrait établir entre les différentes exactions de Verrès des catégories, ce qu'il est impossible de faire avec les renseignements que nous possédons. — Les partisans du deuxième système (1) invoquent un passage du Pseudo-Asconius qui, rendant compte de l'expression *quadruplatores* employée par Cicéron, dit que les accusés étaient condamnés au quadruple; mais le scholiaste donne simplement l'explication étymologique d'un mot, sans prétendre qu'à l'époque, dont il parle la peine fût aussi sévère.

Après avoir constaté que toutes les innovations attribuées à Sylla ne reposent que sur des preuves erronnées ou incertaines, il nous reste à examiner la valeur de l'argument principal à l'aide duquel on prétend démontrer l'existence d'une *lex Cor-*

(1) Rein. *op. cit.* p. 621.

nelia de pecuniis repetundis. Dans son plaidoyer pour Rabirius, Cicéron constate que le chapitre de la *lex Julia* visant les tiers complices « *eos ad quos ea pecunia pervenerit* », ne fait que reproduire textuellement les lois Servilia et Cornelia (1) ; mais on ne saurait en conclure que cette dernière est une loi relative aux exactions ; une disposition de ce genre pouvait fort bien figurer dans la *lex Cornelia de majestate.* Pourquoi dès lors admettre sans nécessité une hypothèse que tout semble contredire ? Le procès de Verrès eut lieu en l'année 684 de Rome ; comment se fait-il que Cicéron ne fasse jamais mention, dans tout le cours de son réquisitoire d'une loi qui, si elle eût réellement existé, devait être la base de son accusation ?

§ 2. — Crimes de Droit commun.

I. *Lex Cornelia de sicariis et veneficiis.* — A la faveur de la guerre civile, les attentats contre les personnes avaient pris une proportion inquiétante. Les chefs de parti faisaient assassiner leurs adversaires politiques ; les malfaiteurs de bas étage, sachant qu'au milieu de la confusion générale ils étaient à peu près assurés de l'impunité, ne recu-

(1) Cic. *p. Rab. Post,* 4, 8.

laient devant rien pour arriver à leur but. Les empoisonnements étaient devenus très fréquents ; les fils de famille recouraient souvent à ce moyen pour s'affranchir d'une *patria potestas* parfois fort gênante, ou pour recueillir un héritage impatiemment attendu. On comprend que, dans de telles circonstances, Sylla ait édicté une loi sur le meurtre destinée à protéger la vie des individus. Cette *lex Cornelia de sicariis* distingue les attentats directs et les attentats indirects. Nous suivrons cette distinction.

A) Il y a attentat direct quand volontairement on donne la mort à quelqu'un. La perpétration de ce crime exige deux conditions : 1° un fait matériel ayant entraîné la mort ; 2° la volonté criminelle de produire ce résultat (1).

La loi qui assimile le crime *tenté* au crime *consommé* se montre très large dans la détermination des éléments constitutifs de la tentative. Ainsi est considéré comme coupable de meurtre quiconque est trouvé porteur d'armes, s'il est d'ailleurs prouvé qu'il avait l'intention de s'en servir pour tuer ou même simplement pour voler (2). L'incen-

---

(1) L. 1, § 3, Dig. *Ad. leg. Corn. de sic.* (XLVIII, 8) qui hominem occidit, si non animo occidendi hoc admisit, absolvi posse. — Cfr. Coll. leg. Mos. IV, c. 9.

(2) V. L. 1, Dig. *eod. tit.* — Coll. leg. Mos. I, c. 2, § 1.

diaire est également puni de la même peine (1). Toutefois des doutes se sont élevés sur ce point. Certains auteurs (2) pensent que l'incendiaire ne tombe sous le coup de la loi Cornelia que s'il a mis le feu pour tuer. D'autres (3) repoussent, avec raison selon nous, cette interprétation restrictive que les textes n'indiquent nullement. Si le seul fait du port d'armes joint à l'intention de voler constitue un délit assimilé au meurtre, à plus forte raison doit-il en être de même de l'incendie allumé dans le même but. D'ailleurs, tout incendie pouvant causer la mort d'un certain nombre de personnes, il est assez naturel de considérer non pas le résultat immédiat voulu par l'auteur du fait incriminé, mais les conséquences possibles de cet acte.

Enfin tombent également sous le coup de la loi nouvelle les tiers complices qui ont sciemment fourni les moyens de commettre le crime ou en ont facilité la réalisation, qui ont par exemple vendu ou préparé les substances vénéneuses destinées à empoisonner une personne (4).

---

(1) V. L. 1, pr. Dig. *eod. tit.* Cujus dolo malo incendium factum erit.

(2) K. F. Rosshirt. *Lehrbuch des Criminalrechts.* (Heidelberg, 1821), p. 136.

(3) A. W. Zumpt, *dr. cr.* II, 2, p. 22.

(4) Cic. *p. Clu.* 54, 103. Quicumque fecerit, vendiderit, habuerit, dederit. (*venenum.*)

La *lex Cornelia* contenait une disposition spéciale relative au parricide (1). Ce crime, à raison de sa gravité, exigeait une prompte réparation. Aussi les procès de ce genre, au lieu d'être jugés d'après la date de leur inscription au rôle (*nominis recepti*), étaient placés en tête de l'ordre du jour et jugés avant les autres affaires dont la *quæstio de sicariis et veneficiis et parricidiis* était déjà saisie (2).

B) Il y a attentat indirect, quand par des manœuvres dolosives on cherche à faire condamner un innocent à une peine capitale ou à réduire un homme libre en esclavage.

1°) Tout juge convaincu de s'être laissé corrompre est puni comme meurtrier. Il en est de même de tout magistrat qui, par haine, vengeance, cupidité, dépose un faux témoignage, engage un témoin à faire une déclaration mensongère, cherche à corrompre les juges, ou se porte accusateur sans motif suffisant (2). Cette loi, qui ne s'occupe

---

(1) *Arg.* L. 4, Cod. Th. *Ad leg. Corn. de fals.* (IX, 19). Cornelia (*lege*) de veneficiis, sicariis, parricidiis.

(2) Cic. *de inv.* 19, 58, et quia causa parricidii subscripta esset, extra ordinem esset acceptum.

(3) L. 1. Dig. Ad leg. Corn. de sic. quive cum magistratus esset publicove judicio præesset operam dedisset quo quis falsum indicium profiteretur, quo quis innocens conveniretur, condemnaretur... quive magistratus judexve quæstionis sub capitalem causam pecuniam acceperit.

de la conduite des juges et des magistrats que dans les procès pouvant entraîner une peine capitale, n'abroge pas les lois de Gracchus relatives à la responsabilité des magistrats, qu'il s'agisse d'un procès civil ou d'un procès criminel. Seulement, pour être complète, elle devait prévoir tous les cas dans lesquels on peut se rendre coupable d'un meurtre; elle devait donc viser l'hypothèse où un juge, un magistrat font sciemment condamner un innocent soit à la peine de mort, soit à une peine capitale qui prive l'accusé de tous ses droits et anéantit en quelque sorte sa personnalité civile.

Quant aux simples citoyens, vainement chercheraient-ils à corrompre un juge, ils ne sont pas assez influents pour réussir ; dès lors il est inutile de s'occuper de ces tentatives impossibles. De leur part il n'y a qu'une chose à redouter, c'est la déposition d'un faux témoignage pouvant entraîner une erreur judiciaire ; aussi est-ce le seul fait que la loi Cornelia prévoie et punisse (1).

2° Un passage d'Apulée (2) nous apprend que

---

(1) L. 1, *eod. tit.* Quive falsum testimonium malo dolo dixerit quo quis publico judicio rei capitalis damnaretur.

(2) Ap. *Metam,* VIII, 24 extr. Quanquam enim prudens crimen Corneliæ legis incurram si civem romanum pro servo tibi vendidero, etc.

Sylla s'était occupé du *crimen de plagio* qui consiste à vouloir réduire malgré lui un homme libre en esclavage. Il n'est guère possible de supposer l'existence d'une loi spéciale *de plagio* dont aucun autre texte ne fait mention. Ravir à quelqu'un sa liberté, c'est le supprimer en tant que personne pour le mettre à la merci d'un maître qui peut le tuer impunément. Il y a là un attentat indirect à la vie que Sylla avait dû très probablement considérer comme un meurtre. Cette assimilation d'ailleurs n'était pas un fait nouveau ; durant la guerre Marsique, un sénateur qui avait réduit un citoyen en esclavage fut poursuivi et condamné comme meurtrier (1).

Comme sanction, la *lex Cornelia de sicariis et veneficiis* édicte la peine de l'*interdictio aquæ et igni*. Toutefois cette opinion n'est pas acceptée par tous les auteurs en ce qui concerne le parricide. Invoquant ce fait, que dans son plaidoyer pour Rabirius Cicéron s'attarde à dépeindre le supplice de la noyade (2), ils soutiennent que telle était la peine que le *judex quæstionis* devait prononcer contre l'accusé reconnu coupable par le jury (3). Ce système nous paraît devoir être repoussé. Tout d'abord, il

(1) Cic. *p. Clu.* 7, 21.
(2) Cic. *p. Rosc.* 11, 30.
(3) Rein, *op. cit.*, p. 455.

admet sans motif suffisant une dérogation à ce principe que le peuple réuni dans ses commices peut seul condamner à mort. En outre un texte du Digeste semble bien indiquer que la loi Cornelia édictait la même peine pour tous les genres de meurtres (1). Toutefois Sylla n'a pas abrogé l'ancien supplice de la noyade, qui pouvait encore être appliqué dans certains cas, quand le coupable était jugé soit par le peuple, soit par le magistrat en cas d'aveu ou de flagrant délit.

II. *Lex Cornelia de injuriis.* — En punissant trois cas d'injures graves (*pulsatio*, *verberatio*, *introitio domus*), la *lex Cornelia de injuriis* punissait toutes les violences physiques exercées contre les personnes (2).

Selon certains auteurs (3), ce délit constituerait un simple *crimen privatum*, ne donnant naissance qu'à une action civile, à un *judicium privatum*. Cette opinion soulève de sérieuses objections. Elle se trouve en contradiction avec cer-

(1) L. 1, Dig. *de leg. Pomp. de parr.* (XLVIII, 9). Lege Pompeia de parricidio cavetur si quis patrem, matrem... occiderit ut is pœna ea teneatur quæ est legis Corneliæ de sicariis.

(2) Inst. IV, 4, § 8. Sed at lex Cornelia de injuriis... injuriarum actionem introduxit quæ competit ob eam rem quod se pulsatum quis verberatumve, domumve suam vi introitam esse dicat. — L. 5, pr. Dig. *de injuriis* (XLVII, 10).

(3) Ferratius, Epist. I, 15, p. 68. — Accarias, *Précis de Droit romain* (3e édition) II, p. 659, note 1.

tains textes établissant d'une manière formelle que la *lex Cornelia* organisait une procédure criminelle (1). D'ailleurs, comment comprendre autrement l'innovation de Sylla ? L'édit du préteur, condamnant le coupable à payer à la victime une somme arbitrée par le juge, suffisait pleinement à assurer la réparation du préjudice causé. Pour ces raisons, il nous semble préférable d'admettre que Sylla confia le jugement de ce crime au jury qui pouvait prononcer la peine capitale (*interdictio aquæ et igni*) (2). Toutefois cette action criminelle présente ce caractère particulier que le citoyen lésé peut seul se porter accusateur (3) ; ce qui s'explique assez naturellement. La loi réprime les violences à cause du trouble qu'elles causent à la paix publique ; mais elle veut surtout protéger la victime qui décide souverainement s'il y a lieu ou non de poursuivre le coupable.

D'après Rudorff (4) cette loi viserait également les pamphlets injurieux. Mais les arguments invoqués ne sauraient prévaloir contre les textes pré-

---

(1) L. 7, § 1, Dig. *eod. tit.* L. 12, § 4, Dig. *de accus.* (XLVIII, 2). — Paul, *Sent.* V. 4, 8.

(2) Sic. Platner, *op. cit.* p. 459 et s. — Rein, *op. cit.* p. 372. — Walter, *op. cit.* II, § 797, note 66.

(3) L. 42, § 1, Dig. *de proc.* (III, 3). — L. 5, § 5, 6, 7. Dig. *de inj.*

(4) Rudorff, *Hist.* I, p. 101.

cis que nous possédons. Le passage d'Horace peut fort bien se référer à l'édit prétorien (1). Ulpien parlant des pamphlets ajoute : « Qui id fecit *ex lege* intestabilis fiat (2) », alors que dans tout le reste du passage, il désigne la *lex Cornelia* par ces mots « *lex Cornelia* » ou « *hæc lex* » ; on peut en conclure que le jurisconsulte romain se réfère ici à une autre loi, probablement à la loi des XII Tables sous l'empire de laquelle l'incapacité d'être témoin était une peine assez fréquente.

III. *Lex Cornelia de falsis.* — Par ces deux lois sur le meurtre et les violences, Sylla avait cherché à protéger la vie des citoyens ; il lui restait à les défendre contre toute atteinte portée à leur fortune ; c'est ce qu'il fit par sa loi générale *de falsis* qui prévoit des délits de nature assez différente.

a) Faux en écritures. La *lex Cornelia de falsis* punit quiconque altère la substance d'un testament, le détruit ou l'ouvre avant la mort du testateur. Elle punit *a fortiori* quiconque fabrique de toutes pièces un faux testament ; dans ce dernier cas, elle frappe non-seulement l'auteur matériel du faux, mais les complices qui ont prêté leur con-

---

(1) Si mala condiderit in quem quis carmina, jus est Judiciumque.

Horace. *Sat.* II, 1, 80.

(2) L. 5, § 9. Dig. *eod. tit.*.

cours en apposant leur signature ou leur sceau (1).

D'après Ulpien (2), un sénatus-consulte rendu sous le consulat de Statilius et de Scaurus (770 de Rome) inflige la peine édictée par la *lex Cornelia de falsis* à quiconque appose de mauvaise foi sa signature au bas d'un document faux autre qu'un testament. Il semble naturel d'en conclure que Sylla n'avait prévu que le faux en matière de testament. Toutefois cette interprétation restrictive est repoussée par Rudorff (3) qui s'appuie sur certains passages du Digeste. Mais ces textes (4) ne peuvent prévaloir contre le témoignage précis d'Ulpien ; la *lex Cornelia* pouvait, à l'époque du jurisconsulte Paul, avoir, par suite d'une interprétation extensive, une portée qu'elle n'avait pas au début.

b) Fausse monnaie, faux poids, fausses mesures. Sont également punis ceux qui fabriquent de faux poids et de fausses mesures, ceux qui s'en servent, ceux qui fabriquent de la fausse monnaie ou cherchent à la mettre en circulation (5).

---

(1) Inst. IV, 18, 7. Item lex Cornelia de falsis quæ etiam testamentaria vocatur. — Sent. Paul V, 25. — Coll. leg. VIII, 5.

(2) Coll. VIII, 7. Ulp. Præterea factum est senatusconsultum, Statilio et Tauro consulibus quo pœna legis Corneliæ irrogatur ei qui quid aliud quam testamentum sciens signaverit, signarive curaverit.

(3) Rudorff, *Hist.* I, p. 92.

(4) Inst. IV, 18, § 7, qui testamentum, vel aliud instrumentum falsum... Paul, Sent. V, 25, § 1.

(5) L. 9, Dig. de *leg. Corn. de fals.* (XVIII, 10). — Paul, *Sent*, V, 25, §§ 1 et 2.

c) Faux témoignages. Corruption des juges et des magistrats. Ces faits se trouvaient déjà prévus par la *lex Cornelia de sicariis* pour le cas où ils pouvaient entraîner une condamnation capitale. La *lex Cornelia de falsis* qui présente un caractère absolument général ne distingue pas s'il s'agit d'un procès civil ou criminel, si l'accusation peut oui ou non aboutir à une condamnation capitale ; elle punit quiconque dépose un faux témoignage ou tente de suborner un témoin pour l'amener à faire une déclaration mensongère ; elle atteint également tout sénateur, tout magistrat convaincus de s'être laissé corrompre ou d'avoir cherché à détourner de ses devoirs un juge ou un magistrat.

Une controverse s'est élevée sur le point de savoir si la *lex Cornelia de falsis* s'occupait du cas où un simple citoyen tenterait de corrompre un juré et de le décider par des dons ou autres moyens à voter pour ou contre l'accusé. Pour soutenir l'affirmative (1), on invoque certains textes du Digeste (2). Mais on peut objecter que ces textes émanent de jurisconsultes postérieurs à Sylla qui

---

(1) Cfr. A. W. Zumpt. *dr. cr.*, II, 2, p. 72.

(2) Marcien. L. 1, § 2, Dig. *eod. tit.*... et qui judicem corruperit, corrumpendumve curaverit. — Paul. L. 21, Dig. *eod. tit.* iis adjungitur et is qui judicem corruperit.

ont parfaitement pu, grâce à un procédé qui leur était assez familier, étendre la loi à des cas qu'elle n'avait pas primitivement prévus. La construction même des phrases semble confirmer cette hypothèse (*et... iis adjungitur*). D'ailleurs, en l'année 681, le bruit s'étant répandu que les adversaires d'Oppianicus, accusé d'empoisonnement avaient cherché à corrompre les jurés désignés pour le procès, le Sénat proposa la création d'une commission spéciale pour juger les faits incriminés (1). Cette quæstio extraordinaire aurait été inutile si la *lex Cornelia de falsis* avait déjà déféré au jury les simples citoyens *qui judicem corruperint corrumpendumve curaverint* (2).

---

(1) Cic. *p. Clu.* 40, 136.
(2) Cfr. Rein, *op. cit.* p. 789.

CHAPITRE III

DES QUÆSTIONES PERPETUÆ DEPUIS SYLLA JUSQU'A L'EMPIRE

Nous venons d'esquisser rapidement les réformes introduites par Sylla dans les *Quæstiones perpetuæ*. Les lois relatives, soit aux crimes de droit commun, soit aux crimes des magistrats, demeurèrent la base du droit criminel romain. Justinien maintint les *leges Corneliæ de sicariis*, *de falsis*, en se contentant de consacrer les modifications que les réponses des prudents et les édits des empereurs avaient pu y introduire. Mais les lois concernant l'organisation intérieure des *Quæstiones perpetuæ* soulevèrent bien vite des protestations qui s'expliquent aisément. En donnant aux sénateurs seuls le droit de faire partie du jury, elles concentraient entre les mêmes mains l'administration et la justice ; en réservant au jury la connaissance exclusive des délits des fonctionnaires publics, elles confiaient la surveillance du gouvernement à l'ordre dirigeant chargé ainsi de se contrôler lui-même ; en fait, elles supprimaient tout contrôle effectif. Le magistrat coupable, en ef-

fet, comparaissait devant des collègues naturellement portés à une indulgence excessive. En outre, ces procès revêtaient souvent un caractère politique ; l'accusateur mettait directement en cause la Constitution elle-même ; dans ces circonstances, le Sénat rendait, non pas un jugement, mais une sentence politique ; en acquittant l'accusé malgré tout, il voulait montrer sa ferme volonté de maintenir l'ordre de choses existant.

D'ailleurs, cette organisation judiciaire devait nécessairement être l'objet de vives attaques. Le parti démocratique vaincu par Sylla n'avait pas accepté l'anéantissement du pouvoir des chevaliers qui, malgré leurs nombreuses et manifestes injustices, jouissaient d'une grande popularité à cause de la lutte qu'ils n'avaient cessé de soutenir contre le Sénat.

Ainsi l'œuvre si laborieusement élaborée par Sylla ne pouvait pas lui survivre longtemps: l'année même de sa mort (676 de Rome), M. Lepidus, fils d'un ancien sénateur banni, se met à la tête des mécontents et cherche à renverser la nouvelle Constitution. La tentative échoua, mais en l'année 684, le préteur Aurélius Cotta parvint à supprimer d'une manière définitive le monopole judiciaire des sénateurs. Depuis, l'abolition de ce privilège ne fut jamais remis en question. Désormais les efforts des Romains tendront vers un

double but : — 1° étendre la compétence des *Quæstiones perpetuæ* ; — 2° rechercher les meilleurs moyens d'arriver à la constitution d'un jury impartial. Tels sont les deux traits caractéristiques des nombreuses lois qui ont été promulguées durant cette troisième et dernière période.

Section I. — Lex Lutatia de vi (676 de Rome).

Dans son plaidoyer pour Cœlius, traduit devant le jury à raison des violences dont il s'était rendu coupable, Cicéron nous apprend que l'accusé était poursuivi en vertu d'une loi votée sur la proposition de Q. Catulus Lutatius (1).

Malgré ce témoignage si précis, certains auteurs (2) ont nié l'existence d'une *lex Lutatia*, sous prétexte que ce texte seul en faisait mention. Cette objection est bien peu sérieuse ; s'il fallait appliquer la maxime « *testis unus, testis nullus* », il faudrait renoncer à tout jamais à l'é-

---

(1) Cic. p. Cœl. 29. 70. De vi quæritis ; quæ lex ad imperium, ad majestatem, ad statum patriæ, ad salutem omnium pertinet, quam legem Q. Catulus armata civium dissensione, reipublicæ pœne extremis temporibus tulit, quæque lex sedata illa flamma consulatus mei fumantes reliquias conjurationis extinxit.

(2) Sigonius, *op. cit.* II, c. 33. — Rudorff, *Hist.* I, p. 83. — Walter, *op. cit.* II, § 808, note 66.

tude du droit criminel romain. — Sans aller aussi loin, Pighius (1) prétend que cette loi n'est autre que la *lex Plautia de vi* : Q. Catulus Lutatius aurait été tribun en l'année 665 et collègue de Plautius ; tous deux auraient présenté conjointement une loi sur la violence. — Cette opinion ne saurait être acceptée. Sans doute, Q. Catulus Lutatius, consul en l'année 676, aurait pu être tribun en l'année 665 (2), mais c'est là une simple hypothèse que rien ne vient confirmer. Pourquoi, dès lors, ne pas accepter une conjecture beaucoup plus vraisemblable et ne pas admettre que Q. Catulus Lutatius parvint à faire voter, lors de son consulat, certaines mesures destinées à réprimer les actes de violence. Cicéron nous apprend que cette *lex Lutatia* date d'une époque essentiellement troublée, « *Q. Catulus armata civium dissensione reipublicæ pœne temporibus legem tulit* » ; or, la mort de Sylla fut le point de départ d'une nouvelle guerre civile où les différents partis se disputèrent le pouvoir (3).

Cette loi étendit aux simples citoyens les dispositions de la *lex Plautia de vi*. C'est ainsi que Cœlius, qui n'était ni magistrat, ni sénateur, put

---

(1) Pighius *Annal.* III, 258.
(2) Date de la loi Plautia de vi.
(3) Rein, *op. cit.*, p. 737. — A. W. Zumpt., *dr. cr.* II, 1, p. 271.

être traduit devant le jury. On comprend, de cette manière, la coexistence des deux lois *Plautia* et *Lutatia*, l'une visant les magistrats et sénateurs, l'autre les citoyens ; on s'explique également que parmi les complices de Catilina, les uns aient été poursuivis *lege Plautia*, les autres *lege Lutatia*. Dès lors disparaît cette prétendue contradiction que l'on avait cru trouver entre Cicéron, déclarant que ce fut la *lex Lutatia* qui lui permit d'étouffer la conjuration de Catilina, et l'auteur de la *Declamatio in Ciceronem*, attribuant ce résultat à la *lex Plautia* (1).

Section II. — Lex Pompeia tribuniciana (684 de Rome).

Grâce aux efforts du consul Cn. Pompée, le Sénat consentit en l'année 684 à rendre aux tribuns leur ancienne puissance que Sylla avait supprimée (2). Ils recouvrent le droit de réunir les comices et de traduire devant eux, quel que soit leur rang, les

(1) *Declam. in Cic.* II, 8. Sed ut opinor, illa te magis extollunt quæ post consulatum cum Tarentia uxore de republica consuluisti, cum legis Plautiæ judicia domi faciebatis.

(2) Cic. *in Verr.* I, 15, 45. Pompeius... ostendit se tribunicianam potestatem restiturum. — Ps. Asc. (Orelli, Schol. II, p. 103 et 147). — Plut. *Pomp.* 22 — Tit. Liv. *Ep.* XCVII — Vell. II, 30.

coupables que le jury aurait injustement acquittés. Le Sénat ne juge qu'en première instance ; ses décisions sont soumises au contrôle du peuple qui peut toujours les infirmer.

En réalité, la surveillance de l'administration n'appartient plus aux sénateurs, puisque les comices sont compétents pour juger en dernier ressort les magistrats infidèles. C'est ainsi qu'en l'année 688 C. Memmius fut condamné pour des exactions remontant à la dictature de Sylla (1).

Section III. — Lex Aurelia Cotta judiciaria (684 de Rome).

La même année, une loi due au préteur Aurelius Cotta vint apporter à la composition du jury des modifications qui devaient donner satisfaction aux aspirations du peuple romain sans dépouiller entièrement le Sénat de ses priviléges (2).

Les sénateurs ne sont pas entièrement exclus des fonctions judiciaires ; mais à côté d'eux figurent les chevaliers et les tribuns du trésor.

---

(1) Plut. *Luc.* 37.

(2) Asc. *in Pis.* (Orelli, Schol. II, p. 16). Legem tulit Aurelius Cotta prætor qua sunt communicata judicia senatui, et equitibus romanis et tribunis ærariis.

Les chevaliers constituent un ordre (*ordo*) comprenant tous les citoyens qui ont un cens d'au moins quatre cent mille sesterces.

Quant aux tribuns du trésor, il semble que, comme les chevaliers, ils constituent une classe, une aristocratie également fondée sur la fortune. Cicéron (1) et le scholiaste de Bobbio (2) constatent qu'avec la loi Aurelia la capacité pour être juré dépend de la justification d'une certaine fortune. Cette conjecture trouve sa confirmation dans un passage de Suétone (3) qui dit qu'Auguste ajouta aux trois décuries de juges existantes une quatrième basée sur un cens inférieur, « *ad tres judicum decurias quartam addidit ex inferiore censu* ». Comme le cens équestre est de 400 mille sesterces et celui de la quatrième classe de juges créée par Auguste de 200 mille, celui de 300 mille pour les *tribuni ærarii* présente toutes les probabilités.

Comment expliquer cette transformation? Jadis

---

(1) Cic. Phil. I, 7, 20. in judice enim spectari et fortuna debet et dignitas. — Census præfiniebatur.

(2) Schol. Bobb. *in orat. in Clod.* (Orelli, Schol. II, p. 340). Id ergo negat Tullius judices illos pecuniam quam acceperint redditu-ros ne postea in numero judicum lege Aurelia esse non possint,.... sive quod amissis trecenis vel quadringenis milibus quæ a reo acceperant in egestatem revolverentur ac propterea in judicum numerum (*posthac referri non possent*).

(3) Suet. *Oct.* 32.

magistrats, les tribuns du trésor constituent maintenant un ordre. C'est là un problème difficile à résoudre. Peut-être cette fonction, à raison de la responsabilité qu'elle entraînait, n'était-elle accessible qu'aux citoyens justifiant d'une certaine fortune. On inscrivait probablement à chaque recensement ceux qui étaient éligibles à cette magistrature. La fonction disparut ; mais cette abrogation pouvant n'être pas absolue, définitive, il était naturel de continuer à inscrire les personnes réunissant les conditions voulues pour remplir cette magistrature dans le cas éventuel où elle serait rétablie. Aurelius Cotta trouva cette liste toute faite ; il l'utilisa en appelant tous ceux qui y figuraient à faire partie du jury (1).

C'est au préteur urbain qu'est confiée la mission de dresser la liste annuelle, qui se compose de trois catégories de juges égales en nombre. Le premier groupe comprend tous les sénateurs à l'exception de ceux qui remplissent une magistrature. Les droits du préteur sont beaucoup plus étendus en ce qui concerne les deux autres groupes, puisqu'il a à faire un choix entre ceux qui satisfont aux conditions requises ; aussi doit-il prêter le serment de désigner ceux qu'il croit le plus

(1) Sic. A. W. Zumpt, *dr. cr.* II. 2, p. 190 — Madvig, *de trib. ærar.* p. 242.

dignes. Chacune de ces trois catégories est divisée en un certain nombre de décuries, dix probablement, comme sous l'empire de la législation de Sylla.

Grâce à Dion Cassius (1) nous savons que les questeurs du Trésor jouent un certain rôle dans la formation de la liste. En effet, en l'année 687 de Rome, lors du procès que Milon voulut intenter à P. Clodius à cause des violences dont ce dernier s'était rendu coupable, le consul Metellus Nepos défendit au président de la quæstio d'accepter l'accusation (*nomen recipere*), tant que les questeurs, chargés de tirer les jurés au sort, n'auraient pas été élus. Mais quand et comment ces questeurs intervenaient-ils? Ils devaient intervenir lors de la formation de la liste annuelle. S'ils n'étaient intervenus qu'après, la défense du consul ne se comprendrait pas. Les jurés étant désignés et répartis entre les différentes décuries, le tribunal se trouve régulièrement constitué et le *judex quæstionis* peut fort bien accepter une accusation. Que dans la suite l'absence de ces questeurs empêche la formation du jury de jugement et arrête la procédure, soit; mais au début aucun obstacle ne s'oppose à la marche régulière de l'instance. Au contraire si ces magistrats prennent part à l'établissement de la liste an-

(1) Dio Cass. XXXIX, 7.

nuelle, on s'explique fort bien la décision du consul. Sans leur concours le préteur urbain n'a pu ni dresser la liste ni procéder à la répartition des jurés entre les différentes décuries. L'élément essentiel de la quæstio, le jury, n'a pas pu être constitué ; il est donc impossible de traduire un accusé devant un tribunal qui n'existe pas.

D'après A. W. Zumpt (1), ces questeurs opéraient parmi les chevaliers et les tribuns une première sélection en en tirant au sort un certain nombre ; le préteur urbain faisait ensuite un choix définitif parmi ceux que le sort avait favorisés. Ce système établit entre les sénateurs d'une part, les chevaliers et les tribuns de l'autre, une distinction dont Dion Cassius ne fait aucune mention ; l'historien grec dit d'une manière générale que les questeurs « tirent au sort les jurés » quel que soit l'ordre auquel ils appartiennent. Aussi préférons-nous admettre avec M. Martz (2) que le préteur désignait seul les jurés qui devaient faire partie du jury, et que le rôle des questeurs se bornait à répartir entre les différentes décuries, par un tirage au sort, ceux que le préteur avait librement choisis.

---

(1) A. W. Zumpt, *dr. cr.*, II, 2, p. 199 et s.
(2) Martz, *op. cit.* p. 80.

Il existe également des divergences d'opinions sur le point de savoir quel est le nombre des juges qui doivent figurer à chaque procès. — Un premier système (1) part de cette idée que, sous l'empire de la législation de Sylla, ce nombre variait pour chaque crime ; le jury était par exemple plus nombreux dans les procès *de pecuniis repetundis* que dans les procès *de majestate*. Aurelius Cotta aurait quintuplé les chiffres fixés par Sylla. On s'explique ainsi que pour le procès de Flaccus, accusé d'exactions (695), il y ait 75 jurés (2), tandis qu'il n'y en a que 70 pour le procès de Gabinius coupable du crime de lèse-majesté (3). Ce système soulève de sérieuses objections. Tout d'abord il part d'un principe incertain. On sait que Sylla avait établi à ce point de vue une distinction entre les crimes des magistrats et les crimes de droit commun. Mais on ne sait nullement s'il était encore allé plus loin dans cette voie, et s'il avait édicté des règles particulières pour les différents crimes de chacune de ces deux catégories. Il est peu logique d'appuyer tout un système sur une simple hypothèse qui est elle-même peu vrai-

---

(1) C. T. Zumpt, *op. cit.*, p. 56.

(2) Cic. *p. Flacc.* 2, 4, 1.

(3) Cic. *ad Att*, IV, 16, 9, attamen XXXII condemnarunt, XXXIIX absolverunt ; *ad Q. frat.* III, 4, 1, sententiis condemnatus sit (Gabinius) XXXII, cum LXX tulissent.

semblable. Comment supposer en effet que la loi Aurelia ait quintuplé le nombre des juges qui doivent figurer à chaque procès, alors que la liste annuelle ne comprend qu'un nombre triple de jurés. En outre, cette explication est insuffisante. Dans le procès de Scaurus, accusé d'exactions, il y a 70 jurés (1), alors qu'il y en a 75 dans le procès de Flaccus poursuivi à raison du même délit (2). Comment rendre compte de cette différence ? — Dans un second système qui semble plus exact, on admet qu'Aurelius Cotta a fixé le même nombre de jurés pour le jugement de tous les crimes de la compétence des *quæstiones perpetuæ*, probablement 75, (25 sénateurs, 25 chevaliers, 25 tribuns). Toutefois la loi n'exige pas d'une manière rigoureuse qu'ils assistent tous aux débats ; il peut fort bien en manquer quelques-uns sans que pour cela le jugement à intervenir soit entaché de nullité. Quand Cicéron parle de 75 juges, il cite le chiffre fixé par la loi, mais ne dit pas qu'ils figurent tous au procès (3).

---

(1) Asc. *in Scaur*, (Orelli Schol, II, p. 38) Sententias tulerunt senatores duo et XX, equites tres et XX, tribuni ærarii XXV.

(2) Cic. *p. Flacc.* 2, 4. An equites romanos implorem? Judicabitis principes ejus ordinis equestris quinquaginta. — Schol. Bobb. *in Orat p. Flacc.* (Orelli, Schol. II, p. 229). Lex Aurelia judiciaria ita cavebat ut ex parte tertia senatores judicarent, ex partibus duabus tribuni ærarii et equites r..., ejusdem ordinis viri.

(3) Cfr. A. W. Zumpt, *dr. cr.* II, 2, p. 102 et s.

A côté de cette réforme importante dans l'organisation du jury Aurelius Cotta apporta à la législation existante certaines modifications destinées à assurer une sorte d'uniformité dans la procédure.

Désormais, qu'il s'agisse d'un délit de droit commun ou d'un crime commis par un sénateur ou un magistrat dans l'exercice de ses fonctions, le nombre des récusations est toujours le même, le vote est toujours secret.

La procédure de la *comperendinatio* fut supprimée. En effet dans son plaidoyer pour Fonteius, Cicéron (1) fait remarquer avec amertume que les débats ont déjà duré trop longtemps, et soutient que la preuve de l'innocence de son client ressort d'une manière manifeste de ce fait, qu'après deux actions *(duæ actiones)*, aucune preuve n'a pu être fournie par l'accusateur. Ces récriminations ne s'expliqueraient pas si la *comperendinatio* était toujours en vigueur ; dans ce cas on ne saurait blâmer les jurés d'observer les règles établies. D'ailleurs Cicéron désigne ordinairement les deux actions de la *comperendinatio* par ces mots : « *altera*

(1) Cic. *p. Fontei.* 16, 37. De quo homine, judices (jam mihi enim videor hoc prope causa *duabus actionibus* perorata debere dicere) de quo vos homine ne ab inimicis quidem ullum fictum probrosum non modo crimen, sed ne maledictum quidem audistis ; 17, 40, ita *duabus actionibus* accusatus est, ut objectum nihil sit.

actio, utraque actio » ; ici au contraire il se sert d'une expression différente, « *duæ actiones* », qui n'indique nullement que le nombre de ces instances est limité. — Toutefois Aurelius Cotta ne revint pas au système de *l'ampliatio* ; en effet, les auteurs anciens, qui nous fournissent des renseignements très précis sur un grand nombre de procès de cette époque, ne mentionnent jamais le vote préalable sur la question « *sibi aut non sibi liquere* », trait caractéristique de cette procédure. En outre, le scholiaste Asconius constate lui-même que le mot *actio* a changé de signification, « *Cicero ipse significat quatriduo Cornelium defendisse, quas actiones eum in duas orationes contulisse apparet* (1) » ; autrefois ce mot désignait une action complète, plaidoiries des deux parties et dépositions des témoins ; maintenant il désigne une audience d'une journée ; les débats ont duré deux, trois ou quatre audiences. Il n'y a plus qu'une seule instance, mais la loi ne fixe aucune limite de temps, et les débats se prolongent tant que l'accusateur et l'accusé n'ont pas fini de faire valoir leurs arguments.

En résumé, cette loi tout en sauvegardant dans une certaine mesure les droits du Sénat donne la

---

(1) Asc. *in Corn.* (Orelli, Schol. II, p. 62).

prépondérance à l'aristocratie de la fortune, aux chevaliers et aux tribuns du Trésor entre lesquels il n'existe pas de séparation bien nette. Entre un riche tribun ayant une fortune de près de quatre cent mille sesterces et un chevalier ne possédant que le cens strictement exigé par la loi, la différence est si peu sensible que le scholiaste de Bobbio a pu dire qu'ils appartenaient au même ordre, « *ejusdem ordinis viri* (1) ». Cicéron (2), Velleius (3), constatent qu'Aurelius Cotta partagea les jugements entre les sénateurs et les chevaliers, englobant dans cette expression *equites*, et les chevaliers proprement dits, et les tribuns qui n'existent qu'à raison du cens qu'ils possèdent. Ceci nous explique le langage de Plutarque (4), de Tacite (5), de Tite-Live (6), qui disent que cette loi retira aux sénateurs les jugements pour les confier aux chevaliers. Les sénateurs sont toujours appelés à faire partie du jury, mais ils sont en minorité, et

---

(1) Schol. Bobb. *in orat. p. Flacc.* (Orelli, Schol. II, p. 229).

(2) Cic. *p. Clu* 47, 150, ipso illo tempore erant judicia cum equestri ordine communicata; *p. Flacc.* 2, 4.

(3) Vell. II, 32. Per idem tempus, Cotta judicandi munus quod Gracchus ereptum senatui ad equites, Sulla ab illis ad senatum transtulerat, in utrumque ordinem partitus est.

(4) Plut. *Pomp.* c. 22.

(5) Tit. Liv. *Ep.* XCVII. Judicia quoque per Aurelium Cottam prætorem ad equites translata sunt.

(6) Tac. *Ann.* XII, 22. Quanquam equites judicia recuperavissent,

ne peuvent jamais faire prévaloir leur opinion ; ce sont les *equites* et les *tribuni ærarii* qui décident du sort des accusés et qui en fait possèdent le *munus judicandi*.

Section IV. — Lex Calpurnia Acilia de ambitu (687 de Rome).

Les manœuvres auxquelles les consuls Calpurnius Piso et Acilius Glabrio avaient recouru pour assurer leur élection avaient vivement ému l'opinion publique. Se faisant l'écho de l'indignation générale, un tribun du peuple, C. Cornelius proposa que tout candidat à une magistrature, convaincu d'avoir tenté de corrompre les électeurs, fût puni de la peine capitale, *interdictio aquæ et igni*. Le Sénat, tout en refusant de s'associer à une mesure aussi rigoureuse, chargea les consuls Calpurnius Piso et Acilius Glabrio de préparer une loi destinée à réprimer ce délit. Ceux-ci présentèrent un projet moins sévère que celui de C. Cornelius, mais conçu dans un ordre d'idées bien différent de celui qui avait jusqu'alors inspiré les différentes lois sur le *crimen ambitus*.

La brigue *(ambitus)*, c'est l'emploi de manœuvres frauduleuses dans le but d'obtenir les suffrages des électeurs. Il n'est pas défendu à un candi-

dat de chercher à se faire connaître, d'engager ses concitoyens à voter pour lui, mais il lui est interdit de recourir à des moyens illégitimes. C'est au législateur à fixer une ligne de démarcation entre ce qui est permis et ce qui ne l'est pas. Pour la première fois les consuls Calpurnius et Acilius établirent cette distinction. Jusqu'alors on s'était contenté de punir d'une manière générale la brigue; la loi nouvelle, en venant préciser les éléments constitutifs de ce délit, met un terme à l'arbitraire du jury. La brigue, désormais, consiste dans la promesse et la distribution d'argent : telle est, du moins, la solution qui semble se dégager d'un passage de Cicéron, qui nous dit que le tribun Aufidius, en proposant, en l'année 693, de ne plus punir la simple promesse d'argent, demandait une importante modification à la législation existante (1). Jusqu'à ce jour ce fait constituait donc un délit. Comme d'autre part la *lex Tullia* (691), ne s'occupe que des jeux et des festins que les candidats offraient au public, on peut en conclure que c'est la *lex Calpurnia Acilia* qui a prévu et puni la promesse et *a fortiori* la distribution d'argent.

---

(1) Cic. *ad Att.* I, 16, 13. Novi est in lege hoc, ut qui nummos in tribus pronuntiaverit, si non dederit, impune sit; sin dederit, ut, quoad vivat. singulis tribubus Hs. CIↃ CIↃ CIↃ debeat.

Le coupable est frappé d'une sorte de dégradation civique ; il perd son titre de sénateur, il est déclaré incapable pour toujours d'aspirer aux fonctions publiques ; il encourt en outre une amende (1).

Les lois antérieures ne visaient que le candidat qui avait cherché à corrompre les électeurs ; les tiers qu'il s'était associés échappaient à toute répression. C'était là une lacune regrettable. Par lui-même, le candidat ne peut guère agir ; il lui faut de nombreux agents *(divisores)*, qui se mêlent à la foule pour distribuer les sommes qu'ils ont reçues à cet effet. Pour mettre un terme aux scandales dont les élections étaient si souvent l'occasion, le moyen le plus simple consistait à atteindre les complices ; c'est ce que comprirent les consuls Calpurnius et Acilius (2). Nous ignorons quelle était la peine édictée. Comme les coupables appartenaient à la classe inférieure de la société, on ne devait guère songer à leur interdire l'accès des fonctions publiques, c'eût été une peine trop platonique ; la loi leur infligeait probablement une amende.

Quant aux récompenses accordées aux accusateurs heureux, elles variaient suivant la condi-

---

(1) Schol. Bobb. *in orat. p. Sul.* (Orelli, Schol. II, p. 361). Voir p. 71.
(2) Cic. *p. Corn.* fr. 32. (Orelli, IV, 2, p. 451).

tion sociale de l'accusateur et de l'accusé; elles pouvaient consister soit dans la conception du *jus civitatis*, soit dans l'admission au Sénat (1).

Section V. — Lex Tullia de ambitu (691 de Rome).

Cicéron continuant l'œuvre de Calpurnius Piso et d'Acilius Glabrio chercha à enrayer la corruption électorale, d'une part en interdisant certains actes jusqu'alors licites, et de l'autre en édictant une peine plus sévère. Tel est le double caractère de la loi qu'il proposa et fit voter durant son consulat.

Comprenant qu'un grand nombre d'individus sont naturellement enclins à se ranger du côté du plus fort, les candidats cherchaient à faire croire à leur prestige ; dans ce but, ils payaient des individus qui venaient les acclamer quand ils arrivaient dans une localité, soit à Rome, soit ailleurs (2). La loi nouvelle, tout en permettant aux candidats de chercher par des promesses plus ou moins fallacieuses à capter la faveur populaire, interdit cette manœuvre bizarre qui consiste à

---

(1) Cic. *p. Balb.* 25. 57.

(2) C'était un contrat *do ut facias*, qui ne tombait pas sous le coup de la loi Acilia.

faire croire à une popularité fictive en payant des admirateurs intéressés (1). Il est, en outre, interdit aux candidats, durant les deux années qui précèdent leur élection, d'offrir au peuple, soit des festins, soit des jeux publics combats de gladiateurs, spectacles, etc., etc. (2).

La loi nouvelle aggrave les peines édictées par les lois antérieures. Outre l'amende, la perte du titre de sénateur, l'incapacité de remplir aucune magistrature publique, l'accusé reconnu coupable est condamné à un exil de dix années (3). — Quant aux complices, il faut distinguer selon qu'ils sont sénateurs ou non. Dans le premier cas, ils sont frappés de la même peine que le candidat lui-même ; dans le second cas, l'aggravation a dû consister dans une élévation du taux de l'amende. Toutefois, il est permis de conjecturer qu'en ce qui concerne les actes interdits pour la première

---

(1) Cic. *p. Mur.* 32,67. Dixisti senatusconsultum me referente esse factum ; si mercede conducti obviam candidatis issent, si conducti sectarentur, si gladiatoribus vulgo locus tributus...

(2) Schol., Bobb. *in orat. p. Sest.* (Orelli, Schol. II, p. 309, note 9). Præscribebatur enim inter cœtera ne candidatus ante biennium quam magistratum petiturus esset, munus populo editurus esset, propter ambitum scilicet. — Cic. *p. Sestor.* 64. 133 ; in Vat. 15, 37.

(3) Cic. *p. Murena.* 23, 47. Pœna gravior in plebem tua voce efflagitata est ; 51, 89. Ibit igitur in exilium. — Dio Cass. XXXXVI, 29.

fois par la loi nouvelle les complices échappent à toute répression ; ils ne sont punis que s'ils ont cherché à corrompre les électeurs par des promesses ou des distributions d'argent. Autrement on s'expliquerait difficilement que dans son plaidoyer pour Murena, accusé d'avoir donné des festins et des spectacles, Cicéron eût cité les complices de l'accusé et les eût ainsi exposé à une poursuite criminelle.

En l'année 692, le tribun Aufidius Lurco (1) proposa certaines modifications qui ne furent pas acceptées, mais qui sont assez curieuses à connaître. Désormais les promesses d'argent faites par les candidats ne devaient plus constituer un délit. Il est à présumer qu'instruits par l'expérience les citoyens, qui consentaient à vendre leurs suffrages, ne se contentaient plus de ces promesses que les candidats prodiguaient, mais qu'ils ne songeaient guère à exécuter, une fois élus : ces promesses ne constituant plus un moyen efficace de corruption, il était inutile de les interdire plus longtemps. En outre, d'après le projet, l'accusé déclaré coupable devait être condamné à payer trois mille sesterces à chacune des trente-cinq tribus.

---

(1) Voir p. 105, note 1.

Section VI. — Lex Papia de peregrinis (689 de Rome)

Le tribun Papius interdit aux étrangers le séjour de Rome. Contrairement à l'avis de certains auteurs (1), nous ne pensons pas que cette loi édictât une peine contre tout contrevenant qui devait être traduit à cet effet devant le jury. Cicéron, dans son plaidoyer pour Archias, poursuivi *lege Papia*, ne fait aucune allusion à cette peine qui pouvait être prononcée, ce qui semble bien indiquer que tel n'était pas l'objet du procès. Il cherche simplement à établir que son client, originaire d'Antioche (Syrie), ayant obtenu de la ville d'Héraclée (Sicile) le titre de membre honoraire de cette cité avait par cela même obtenu la qualité de citoyen romain, conformément aux dispositions de la loi Plautia (665 de Rome) (2). Il est à présumer que cette *lex Papia*, qui ordonnait aux non citoyens de quitter la ville de Rome, conférait aux magistrats romains le droit d'expulser tous ceux qui n'obtempéraient pas à cet ordre. Seulement ils n'étaient pas compétents pour décider si un individu avait oui ou non la qualité de citoyen ; dans le cas où la nationalité était douteuse, cette question de-

(1) Ferrat. *Epist.* I, 15, et V, 6, p. 328.
(2) Rudorff. *Hist.* I, p. 31.

vait être tranchée par le jury ; tel était le cas du poète Archias (1).

Mais un étranger peut avoir frauduleusement exercé certains droits réservés aux seuls citoyens *(jus suffragii et honorum)*. Il y a là un fait très grave que la loi punit de la peine capitale ; tel fut le cas de M. L. Cornelius Balbus et d'Antiochus Gabinius (2). Il faut noter ici une dérogation au principe que le jury ne connaît pas des délits commis par les pérégrins ; cette exception peut se justifier dans une certaine mesure ; l'accusé ayant voulu se faire passer comme citoyen, il est naturel de le traduire devant le tribunal compétent pour juger les crimes des citoyens romains.

Section VII. — Lex Junia de legibus (692 de Rome.)

Une nouvelle extension des attributions du jury résulta de la *lex Junia-Licinia de legibus* proposée par les consuls D. Junius Silanus et L. Licinius Murena qui édictèrent certaines règles pour la la publication des lois (3), et décidèrent que les

(1) Cf. Rein, *op. cit.*, p. 782.

(2) Cic. *p. Balb.* 8, 19 ; 23, 52 ; *ad Att.* IV, 16, 12.

(3) Schol. Bobb. *in or. p. Sest.* (Orelli, Schol. II. p. 310, 6.) Licinia vero et Junia consulibus auctoribus Licinio Murena et Junio Silano perlata illud cavebat, ne clam ærario legem ferri liceret, quoniam leges in ærario condebantur.

contrevenants seraient déférés au jury. On ignore quelle était la peine infligée.

Section VIII. — Lex Fufia Calena de incestu (693 de Rome).

L'année suivante l'opinion publique fut vivement impressionnée par le sacrilége de Clodius qui, au mépris des défenses les plus formelles de la loi, avait assisté au sacrifice offert par les Vestales à la bonne déesse (*bona dea*) dans la maison du préteur et grand-prêtre Jules César (1). Le jury n'était pas compétent, car la loi Peducæa-Memmia prévoyait l'inceste des Vestales, mais non pas le sacrilége dont un citoyen pouvait se rendre coupable en profanant des lieux consacrés à la divinité (*religio violata, sacra polluta.*) Les consuls M. Puppius Piso et M. Valerius Messala demandèrent la création d'un tribunal exceptionnel pour juger cette affaire. Ce projet ayant été repoussé (2), Q. Hortensius proposa une loi générale attribuant au jury la connaissance de tout sacrilége ; seulement les jurés devaient être directement choisis par le président de la quæstio. Cette proposition fut également repoussée (3). Le tribun Q. Fufius Ca-

(1) Cic. *ad Att.* I, 12, 3 ; I, 13, 13. — Plut ; *Cæs.* 9 ; *Cic.* 28.
(2) Cic. *ad Att.* I, 14, 5.
(3) Cic. *ad Att.* I, 16, 2.

lenus parvint à faire adopter une loi assimilant ce crime aux autres crimes qui étaient de la compétence du jury. Les jurés devaient être désignés conformément aux dispositions de la *lex Aurelia Cotta*.

Section IX. — Lex Julia de pecuniis repetundis (695 de Rome).

Jules César se proposa de rétablir l'ordre et la probité dans le gouvernement, spécialement dans l'administration des provinces. Non content d'interdire aux gouverneurs toute exaction, de leur défendre d'accepter aucune libéralité, de déterminer d'une manière précise dans quelle mesure ils pourraient réclamer des subsides aux habitants des provinces (1), il réglementa la comptabilité publique de manière à assurer la fidèle exécution des prescriptions qu'il venait d'édicter. Avant de quitter la province, le gouverneur devra dresser trois états relatant les sommes qu'il a reçues et les dépenses qu'il a soldées ; deux de ces exemplaires seront déposés dans les deux principales villes de la province, le troisième sera envoyé à Rome pour y être soumis à un minutieux examen (2).

---

(1) Cic. *ad Att.* V. 16, 3.

(2) Ulp. L. 10, § 2. Dig. *de off. procons.* (I, 16.) — Cic. *Epist. ad Fam.* V. 20, 2 ; II, 17, 2.

Jusqu'alors les magistrats seuls étaient pénalement responsables des actes concussionnaires dont ils pouvaient se rendre coupables. La loi nouvelle au contraire atteint même ceux qui, bien que n'ayant aucun caractère public, ont accompagné les gouverneurs, les ont assistés dans leurs fonctions et les ont aidés à commettre ces exactions (1). C'est au Sénat investi d'une sorte de pouvoir réglementaire à désigner ceux qui doivent être considérés comme *auxiliaires* magistrats *(comites)* (2); c'est là une prérogative importante qui lui permettra, suivant les circonstances, d'interpréter la loi d'une manière plus ou moin large.

Les magistrats urbains exerçant leurs fonctions à Rome peuvent accepter des dons à la condition que le montant de ces libéralités n'excède pas annuellement un certain *modus*. Quel était-il? Venuleius parle de cent pièces d'or (3), mais cette manière de compter n'était guère usitée à l'époque de J. César. Aussi préférons-nous accepter le chif-

---

(1) L. 5. Dig. *de leg. Jul. rep.* (XLVIII, 11.) — D'après la loi Servilia Glaucia ces tiers n'étaient que civilement responsables, et seulement dans le cas où le magistrat était insolvable.

(2) Arg. Cic. *p. Rab.* 6, 13. — Nam cum optimo et præstantissimo consule Cn. Pompeio de hac ipsa quæstione referent — ut tribuni, ut præfecti, ut scribæ, ut omnes comites magistratuum lege hac tenerentur,... senatus frequens restitit. — Cfr. C. T. Zumpt, *op. cit.* p. 64.

(3) L. 6, Dig. *de leg. Julia rep.*

fre de dix mille sesterces que cite Tacite (1). — D'ailleurs un magistrat, un sénateur ne peuvent rien recevoir pour les actes qu'ils sont appelés à remplir dans l'exercice de leurs fonctions (2). Ainsi un sénateur, qui accepte de l'argent pour absoudre ou condamner un accusé, encourt une condamnation, alors même qu'il serait prouvé qu'il a statué en toute justice. La loi veut non seulement empêcher la corruption des détenteurs de la puissance publique, elle veut même empêcher qu'on puisse soupçonner leur droiture, leur impartialité. Elle veut également assurer la dignité de l'ordre dirigeant, et dans ce but elle défend aux sénateurs de posséder des navires et de faire le commerce (3).

Enfin Jules César cherche à restreindre dans une certaine mesure les abus résultant des missions extraordinaires que les consuls confiaient à nombre de leurs amis politiques, et qui constituaient une charge très lourde pour les habitants des provinces obligés de fournir à ces envoyés *extra ordinem* les mêmes subsides qu'aux magistrats ordinaires. Désormais ces missions ne peuvent être conférées que pour une année ; toute violation de

---

(1) Tac. *Ann.* XI, 5.
(2) L. L. 3, 4, 6, 9. Dig. *de leg. Jul. rep.*
(3) L. 3. Dig. *de vac.* (L. 5.)

cette disposition expose à une poursuite criminelle, et le consul qui a contrevenu aux prescriptions de la loi, et le magistrat qui à l'expiration de l'année continuerait à profiter des avantages pécuniaires auxquels son titre lui donne droit (1).

La loi édicte une double peine, peine morale, peine pécuniaire. Le coupable est frappé d'une sorte de dégradation civique *(infamia)* ; il perd son titre de sénateur, il est incapable de remplir aucune fonction publique, il ne peut plus être ni témoin ni juré (2). En outre il est condamné à une amende.

Des doutes se sont élevés sur le taux de cette amende. — Rein (3), Rudorff (4), C. T. Zumpt (5) s'appuyant sur certains textes du Digeste et du Code (6), pensent que le magistrat déclaré coupable devait restituer quatre fois le montant des sommes indûment perçues. — Cette opinion ne saurait être acceptée. Sans doute il en était ainsi à l'époque de Justinien, mais telle n'était pas la sanction primitivement édictée par la loi Julia ; en effet nous connaissons un certain nombre de procès qui n'aboutirent qu'à

(1) Cic. *de Leg.* III, 8, 18 ; *ad Att.* XV, 11, 4.

(2) Suet. *Cæs.* 43, repetundis damnatos etiam ex ordine movit. — L. 2. Dig. *de Sen.* (I, 9.)

(3) Rein, *op. cit.*, p. 630.

(4) Rudorff. *Hist.* I, p. 79.

(5) C. T. Zumpt, *op. cit.* p. 65.

(6) L. 1. Cod. *Ad leg. Jul. rep.* (IX, 27). — L. 3. Cod. *de ads.* (I, 51). — L. 46. Dig. *de contr. empt.* (XVIII, 1.)

une condamnation au simple (1). Il est à présumer que Jules César avait établi une gradation dans la peine correspondant à la gravité de l'infraction : dans la suite le législateur qui, ainsi que le constate Cicéron, s'est montré de plus en plus sévère dans la répression de ce crime, aura supprimé toute distinction et décidé que dans tous les cas la peine la plus forte serait seule appliquée.

On a quelquefois soutenu que dans certains cas le jury pouvait condamner à l'exil (2). Cette conjecture qui ne s'appuie sur aucun texte précis (3) se heurte à une objection décisive selon nous. Il est impossible d'admettre que Justinien qui, ainsi que nous l'avons vu, se montre plus rigoureux à l'égard des magistrats concussionnaires que Jules César ait abrogé cette peine de l'*interdictio aquæ et igni* édictée par la *lex Julia de pecuniis repetundis*.

Section X. — Lex Pompeia de parricidiis (699 de Rome).

Durant son second consulat en l'année 699, Pompée fit voter deux lois importantes, l'une vi-

---

(1) Pline, *Hist. nat.* XII, 11, 19 ; IV, 9.
(2) Rein, *eod. loc.*
(3) On invoque un passage de Juvénal, Sat. I. 47 et suiv.

sant le parricide si fréquent à cette époque, l'autre relative à la formation de la liste annuelle du jury.

La *lex Pompeia de parricidiis* apporta quelques changements à la législation de Sylla. — D'après la *lex Cornelia de sicariis* le parricide est l'homicide *volontaire* d'un parent ; la loi nouvelle n'exige plus cette intention criminelle ; tout homicide même involontaire d'un parent constitue un parricide. Telle est du moins la solution qui semble se dégager d'un rescrit de Marc Aurèle qui décida que le fou « *qui per furorem parentem occiderit* » ne pouvait être puni (1) ; ce rescrit eût été inutile, si l'intention criminelle avait été considérée comme un des éléments constitutifs de ce crime. — En second lieu, cette loi élargit le cercle des personnes dont le meurtre constitue un parricide ; ainsi elle punit non seulement le descendant qui tue son ascendant et l'ascendant qui tue son descendant, elle atteint également l'homme ou la femme qui tue son conjoint, et l'esclave qui tue son maître (2).

La sanction, qui est toujours la même, consiste soit dans l'*interdictio aquæ et igni*, soit dans le supplice de la noyade si le coupable a avoué ou a été pris en flagrant délit.

---

(1) L. 9. Dig. *de leg. Pomp. de parric.* (XLVIII, 9.)
(2) L. 1. Dig. *eod. tit.*

Section XI. — Lex Pompeia judiciaria (699 de Rome).

Pompée voulait mettre un terme au rôle prépondérant du préteur dans la formation de la liste annuelle du jury. Malheureusement, si l'on connaît le but qu'il voulait atteindre, on ne possède que des renseignements incomplets sur les moyens employés pour atteindre ce but.

Certains points sont à peu près certains. Il y a toujours trois catégories de juges : sénateurs, chevaliers, tribuns. Le nombre des jurés inscrits sur la liste est toujours le même ; telle est du moins la conclusion qu'il semble naturel de tirer de ce fait que, dans les procès postérieurs à la *lex Pompeia*, on voit figurer le même nombre de jurés que dans les procès instruits conformément aux dispositions de la *lex Aurelia Cotta*.

Les innovations se réfèrent exclusivement au mode de recrutement des jurés : « *Judicabunt ii quos lex ipsa, non quos hominum libido delegerit* (1) » ; ce sera la loi et non le caprice d'un magistrat qui les désignera.

---

(1) Cic. *in Pis.* 39, 94.

Quant aux sénateurs, la loi nouvelle laissa subsister intacte la législation existante. Ceci s'explique, puisque le préteur n'a ici aucun pouvoir propre et qu'il doit inscrire tous les sénateurs ne remplissant aucune magistrature.

Mais des règles spéciales vinrent restreindre la liberté illimitée dont jouissait ce magistrat en ce qui concerne le choix des chevaliers et des tribuns. Désormais il devra attribuer à chaque tribu le même nombre de jurés chevaliers et de jurés tribuns. En effet, la même année, Crassus, collègue de Pompée, fit voter une loi *de sodaliciis* contenant des dispositions particulières pour le jugement des citoyens accusés de ce crime. L'accusateur devait désigner quatre tribus, l'accusé en récusait une ; tous les chevaliers, tous les tribuns appartenant aux trois tribus restantes et inscrits sur l'*album* du préteur formaient le jury de jugement. Le nombre des jurés figurant au procès devant toujours être le même, quelles que soient les tribus désignées, il faut que chaque tribu soit représentée sur la liste générale par le même nombre de chevaliers et de tribuns. Cette innovation ne saurait être attribuée à la *lex Licinia de sodaliciis;* on serait alors obligé de supposer la coexistence simultanée de deux listes, l'une dressée conformément aux dispositions de la *lex Licinia*, fournissant les jurés destinés à connaître du *crimen de*

sodaliciis, l'autre établie conformément aux dispositions de la loi générale *Pompeia judiciaria*, fournissant les jurés appelés à connaître des autres crimes. Cette conséquence inadmissible doit faire rejeter cette hypothèse. On est ainsi amené à reconnaître que cette égale répartition entre les tribus, jusqu'alors purement facultative, a été imposée pour la première fois au préteur par la *lex Pompeia*.

Pompée ne s'était pas arrêté à cette première réforme; il avait encore édicté d'autres mesures qui nous sont inconnues. Selon quelques auteurs (1), il aurait établi un cens d'éligibilité, de telle sorte que la liste annuelle ne comprenait que les citoyens les plus riches de chaque ordre. C'est là une simple hypothèse que rien ne justifie. On peut tout aussi bien conjecturer que la loi nouvelle établissait un roulement destiné à faire figurer successivement sur l'*album* du préteur tous les chevaliers et tous les tribuns ; elle aurait décidé, par exemple, que l'on pouvait figurer sur la liste seulement tous les deux ou trois ans (2).

Les jurés sont ensuite répartis, comme par le passé, par les soins des *Quæstores ærarii* entre un certain nombre de décuries.

---

(1) Rudorff. *Hist. I*, p. 94. — Martz, *op. cit.* p. 84.
(2) A. W. Zumpt, *dr. cr.* II, 2, p. 259.

Section XII. — Lex Licinia de sodaliciis (699 de Rome).

La même année fut votée sur la proposition du consul Licinius Crassus une loi de *sodaliciis* sur la portée de laquelle se sont élevés certains doutes. Selon Mommsen (1) et Rein (2) elle n'avait en vue que la répression de la *brigue*, et n'interdisait que les sociétés formées dans le but d'influencer par des moyens illicites le vote des électeurs. A l'appui on tire argument de certains procès intentés en vertu de la *lex Licinia de sodaliciis*, et dans lesquels il s'agit de corruption électorale (3). Cette opinion ne saurait être acceptée. Si la loi nouvelle n'avait visé qu'un genre de brigue, de corruption électorale, elle n'aurait pas édicté des mesures spéciales pour la composition du jury ; elle aurait traduit les coupables devant le tribunal compétent pour juger les citoyens poursuivis *lege Calpurnia* ou *lege Tullia*. Aussi préférons-nous admettre avec A. W. Zumpt (4) qu'elle prohibait toute association pouvant présenter un danger pour la paix publique.

---

(1) Mommsen, *de coll. et sod.* p. 42.
(2) Rein, *op. cit.* p. 714.
(3) P. Vatinius, C. Porcius Cato, (700 de Rome). — Cfr. Dio. Cass. XXXIX, 37.
(4) A. W. Zumpt, *dr. cr.*, II, 2, c. II.

De tout temps, il a existé à Rome des sociétés qui, bien que n'étant pas reconnues en droit, jouissaient d'une existence de fait. Dans le cas où les magistrats pensaient qu'elles menaçaient la sécurité publique, ils en prononçaient la dissolution ; c'est ce qui eut lieu notamment en l'année 440 et en l'année 686 (1). Mais le tribun Clodius étant parvenu à faire reconnaître en l'année 696 le droit absolu de réunion, d'association (2), les sociétés politiques se multiplièrent et amenèrent parfois des désordres très graves. Dès l'année 698, le Sénat réclame l'abrogation de cette mesure qu'il considère comme funeste (3). C'est pour répondre à ce vœu que le consul Licinius Crassus proposa sa loi sur les associations qui, sans abroger entièrement l'œuvre du tribun Clodius, défend les associations politiques. Pour établir un criterium facile à saisir entre les sociétés licites et les sociétés illicites, elle ne s'attache pas au but apparent ou réel qu'elles poursuivent, elle prend simplement en considération leur organisation intérieure. A Rome, la tribu est une division politique d'une très grande importance ; le vote notamment a lieu par

---

(1) Cfr. Mommsen, *de coll. et sod.* p. 73.

(2) Asc. *in Pis* (Orelli, Schol. II, p. 8. — Dio. Cass. XXXVIII, 13.

(3) Cic. ad *Q. fr.* II, 3, 5. Eodem die senatus consultum factum est ut sodalitates decuriatique discederent lexque de iis ferretur, ut, qui non discessissent, ea pœna, quæ est de vi, tenerentur.

tribu. Il est naturel que des sociétés politiques se forment dans le sein de chacune d'elles. Les hommes politiques essayent de rallier à leur cause dans chaque tribu le plus grand nombre de citoyens possible *(sodales conscribere)* ; les associés se subdivisent en décuries *(decuriare)* et cherchent à faire à leur tour de nouvelles recrues ; pour rallier les hésitants, les incertains, on distribue de l'argent (1). Ce sont ces associations que le collègue de Pompée voulait atteindre. Toute société, qui a pour base la tribu, qui se subdivise en différents groupes dont tous les membres font partie de la même tribu, est *présumée* poursuivre un but politique et, comme telle, est interdite.

Toute contravention expose le délinquant à une poursuite criminelle devant le jury qui peut condamner à l'exil. En l'absence de renseignements précis, on ne sait si c'est un exil perpétuel, ou simplement un exil temporaire de dix années, comme l'édictait la *lex Tullia de ambitu* (2).

Enfin le jury de jugement est formé d'après des règles tout à fait spéciales que nous aurons à étudier dans notre seconde partie *(judices editicii)* :

---

(1) Schol. Bobb. (Orelli, Schol. II, p. 253). M. Licinius Crassus in suo consulatu pertulit, ut severissime quæreretur in eos candidatos, qui sibi conciliassent *(sodales)*,.... ut per illos pecuniam tribulibus dispertirent. — Cic. *p. Planc.* 15, 36 ; 18, 45 ; 19, 47.

(2) Cic. *p. Planc.*, 38. — Cfr. Mommsen, *de coll. et sod.*, p. 70.

il nous suffit pour l'instant de faire remarquer qu'elles assurent à l'accusateur un rôle prépondérant.

Section XIII. — Dictature de Pompée (702 de Rome).

L'année 702 de Rome s'annonçait sous les couleurs les plus sombres ; les troubles qui avaient signalé la fin de l'année 701 avaient empêché la réunion des comices et la nomination des magistrats curules ; les compétitions entre candidats, qui avaient retardé jusqu'ici les élections, étaient plus ardentes que jamais. Au milieu de cette anarchie gouvernementale, le moindre événement devait amener une catastrophe ; le meurtre de Clodius fut l'étincelle qui alluma ce terrible incendie par lequel Rome fut mis à deux doigts de sa perte. On connaît les faits. Les deux adversaires, P. Clodius et T. Milon, se rencontrent le 20 janvier 702 sur la voie Appienne, suivis de nombreux clients ; une lutte s'engage et Clodius tombe mortellement frappé. Ses partisans le ramènent à Rome et le déposent tout d'abord sur la tribune aux harangues ; un peu plus tard, ils le transportent dans la salle des délibérations du Sénat, où ils brisent banquettes, pupitres, etc., et forment de tous ces débris un énorme bûcher, auquel ils mettent le feu, après y

avoir déposé le cadavre de Clodius ; cette crémation d'un nouveau genre se termina par l'incendie de la Curie Romaine.

Le Sénat, comprenant la nécessité de mettre un terme à cette situation, nomma un *interrex*, M. Æmilius Lepidus (1). Cette mesure ne suffisant pas, il confia à Pompée la direction des affaires et lui conféra, sous le titre de consul unique, de véritables pouvoirs dictatoriaux (mars 702) (2). Celui-ci, après avoir occupé militairement la ville et interdit tout port d'armes, s'occupa de l'élaboration de plusieurs lois relatives à l'administration de la justice, qui introduisirent dans la procédure d'importants changements et établirent pour certains crimes (*vis*, *ambitus*), des règles toutes particulières (3).

I. *Lex de vi Clodiana.* — Sans abroger les *leges Plautia* et *Lutatia de vi*, qui sont toujours en vigueur, Pompée édicta des dispositions spéciales contre les auteurs du meurtre de Clodius et des faits connexes qui s'y rattachaient plus ou moins directement, incendie de la Curie, pillage de la maison

(1) Asc. *in Mil.* (Orelli, ScholII, p. 35). — Dio Cass. XL, 49.

(2) App., *bell. civ.*, II, 23.

(3) Asc. *in Mil* (Orelli, Schol. II, p. 37). Duas (leges) ex senatusconsulto promulgavit, alteram de vi, qua nominatim cædem in Appia via factam, et incendium Curiæ, et domum M. Lepidi oppugnatam comprehendit, alteram de ambitu, pœnam graviorem et formam judiciorum breviorem.

de l'interrex M. Æmilius Lepidus. A raison de la gravité des circonstances, il crut nécessaire d'établir une sanction plus sévère, en prononçant contre les coupables, outre la peine du bannissement, la confiscation de leurs biens (1). Cette *lex Pompeia*, qui avait un caractère essentiellement transitoire, ne visait que des faits passés ; c'est là une nouvelle preuve du peu d'importance que les Romains attachaient au principe de la non-rétroactivité des lois (2), considéré de nos jours comme un principe d'ordre public.

II. *Lex de ambitu.* — Elle punissait tous les faits de brigue remontant jusqu'à l'année 684. Pompée voulait atteindre tous les fauteurs de désordre qui depuis vingt ans essayaient à chaque instant de troubler la paix publique.

A Rome on peut toujours traduire un coupable devant le jury, quel que soit le laps de temps écoulé depuis que le crime a été commis. Toutefois on est obligé de reconnaître que, par exception, il y avait pour le *crimen ambitus* une prescription extinctive de l'action publique. Autrement comment expliquer la raison d'être de cette *lex Pompeia*, comment surtout comprendre les protesta-

(1) Asc. in Mil. (Orelli, Schol. II, p. 54). Bona ejus propter alieni æris magnitudinem semuncia venierunt.

(2) Lois Peducæa Memmia de incestu, Mamilia, Fufia Calena de incestu.

tions dont elle fut l'objet, si l'on n'admet pas que cette loi, en supprimant les effets d'une prescription accomplie, violait des droits acquis ? Cette prescription était très courte. Répondant aux partisans de César qui prétendaient qu'il avait voulu se réserver le moyen de pouvoir poursuivre ce dernier pour des faits remontant à l'époque de son consulat (695), Pompée fit observer que les actes délictueux dont lui-même avait pu se rendre coupable au moment où il briguait pour la deuxième fois la dignité de consul (699), tombaient aussi sous l'application de la loi nouvelle. Ces délits commis depuis trois années se trouvaient donc déjà prescrits. Depuis combien de temps ? C'est là un point difficile à établir. Peut-être la prescription était-elle accomplie le jour de l'entrée en fonctions du magistrat. Entre l'élection et cette époque il s'écoule un certain laps de temps durant lequel l'accusation peut se produire ; passé ce délai, il est trop tard. Cette hypothèse est la seule rationnelle ; autrement pourquoi admettre la prescription au bout d'une ou de deux années ; c'eût été une solution absolument arbitraire et peu conforme au génie du peuple romain (1).

La loi nouvelle apporte en outre certains changements à la législation existante : 1° elle n'atteint

(1) Cfr. A. W. Zumpt, *dr. cr.* II, 2, p. 427.

que les candidats qui ont cherché à corrompre les électeurs sans s'occuper des tiers complices qui leur ont prêté leur concours ; 2° elle édicte une peine plus sévère ; le coupable est condamné à un exil perpétuel, alors que la loi Tullia ne prononçait qu'un exil temporaire de dix années.

III. Lex Pompeia judiciaria. — Elle introduisit une procédure abrégée, défavorable à la liberté de l'accusation et de la défense, que nous étudierons plus tard. Il suffit pour l'instant de constater que la liste annuelle du jury, composée comme par le passé de trois catégories de juges, (sénateurs, chevaliers, tribuns,) ne comprend plus que trois cent soixante jurés, cent-vingt pour chaque ordre, directement choisis par Pompée (1).

Telles sont les mesures grâce auxquelles Pompée parvint à dominer les différents partis et à rendre à Rome la tranquillité et la paix publique. Il faut remarquer que ces lois ne furent promulguées que pour l'année 702. La *lex de vi Clodiana* ne punissait que des faits passés, c'était une loi de circonstance ; il en était de même de la *lex de ambitu* ; tel était également le caractère de la *lex*

(1) Vell. II, 76. — Cfr. A. W. Zumpt, *dr. cr.* II, 2, p. 440 et note 127.

judiciaria. Les lois précédentes avaient augmenté le nombre des procès et rendu nécessaire une procédure plus rapide ; mais, une fois la situation normale rétablie, il était naturel de revenir à un système respectant mieux les droits de la défense et de l'accusation. Certains textes viennent d'ailleurs corroborer cette conjecture. Sans doute Asconius commet une erreur quand il affirme que jusqu'à la *lex Julia de judiciis* (708 de Rome) le nombre des avocats pouvant prendre la parole n'avait jamais été fixé ; car la *lex Pompeia judiciaria* avait apporté une restriction à cet égard ; mais ce langage inexact du Scholiaste ne peut s'expliquer que si l'on attribue à cette loi une très courte durée. En outre, en l'année 706 César gracie un certain nombre de citoyens condamnés en l'année 702, parce que les droits de la défense n'avaient pas été respectés (1) ; dès cette époque la loi judiciaire de Pompée n'était donc plus en vigueur ; autrement César, qui en reconnaissait publiquement les défauts et les injustices, ne se serait pas contenté d'en effacer partiellement les effets, il l'aurait abrogée.

Toutefois, cette opinion a été combattue par certains auteurs (2) ; ils invoquent un sénatus-

(1) Cæs. *bell. civ.* III, 1.
(2) Drumann, *rœmische Geschichte*, II, 354.

consulte de l'année 703, qui, accordant aux consuls le droit de convoquer dans certaines circonstances les sénateurs jurés, s'exprime ainsi: « *Cum de ea re ad senatum referretur a cos., qui eorum in C. C. C. judicibus essent, eos adducere liceret* (1) » ; Ces trois cents juges, prétend-on, ne sont autres que les trois cent soixante jurés désignés par Pompée ; en l'année 703, la loi judiciaire de Pompée était donc encore en vigueur. Une telle interprétation ne saurait être acceptée ; car un document officiel n'aurait pas cité un chiffre inexact. Il est préférable d'admettre que ces trois cents juges dont parle le sénatus-consulte sont les sénateurs inscrits sur l'*album* du préteur comme pouvant faire partie du jury.

On est ainsi amené à reconnaître que dès cette époque la procédure exceptionnelle inaugurée par Pompée n'était plus en vigueur. D'après la *lex Aurelia*, le nombre des sénateurs appelés à remplir les fonctions de jurés est variable ; il dépend de certaines circonstances particulières, du nombre plus ou moins considérable de sénateurs remplissant des fonctions publiques ou envoyés en mission extraordinaire; mais l'expression « *C. C. C. senatores* » est traditionnelle et l'on comprend que

---

(1) Cic. *Epist.* VIII, 8, 5.

le sénatus-consulte ait cité un chiffre inexact à la vérité, mais du moins consacré par l'usage (1).

Section XIV. — Dictature de César (708 de Rome).

César, proclamé dictateur perpétuel, s'occupa de l'administration de la justice. La *lex Julia de judiciis* sur le jury supprima la troisième catégorie de juges créée par Aurelius Cotta (2). Dion Cassius (3) prétend que César voulait confier les jugements aux citoyens les plus intègres. Tel n'était peut-être pas le véritable motif de cette réforme. Le nouveau maître de l'État voulait sans doute éloigner du contrôle de l'administration les tribuns du Trésor, qu'il supposait avoir trop d'affinité avec le peuple, pour pouvoir favoriser ses vues politiques.

Les peines sont aggravées. Jusqu'alors les lois *de sicariis*, *de parricidiis*, *de vi*, *de majestate*, *de ambitu* ne prononçaient que la peine de l'*interdic-*

(1) A. W. Zumpt, *dr. cr.*, II, 2, p. 431 et suiv.

(2) Suet. *Cæs.* 41. Judicia ad duo genera judicium redegit, equestris ordinis ac senatorii, tribunos ærarios, quod erat tertium, sustulit.

(3) Dio Cass. XLIII, 25.

tio aquæ et igni. Désormais, le citoyen déclaré par le jury coupable de l'un de ces crimes est, en outre, frappé d'une confiscation totale ou partielle de ses biens (1).

Section XV. — Réformes de Marc-Antoine (710 de Rome).

L'œuvre de César ne lui survécut pas longtemps. Marc-Antoine, tout en poursuivant les meurtriers de César, sembla se donner pour mission d'abroger les réformes que celui-ci avait pu réaliser.

Ainsi, par sa loi de *judiciis*, il créa une troisième catégorie de juges composée de citoyens qu'il avait choisis librement. Aucune condition de cens, d'âge n'était exigée ; il suffisait d'être citoyen et de plaire au nouveau dictateur ; c'est ainsi que furent désignés d'anciens vétérans, des joueurs, des exilés, des saltimbanques, « tous gens que personne n'eût même pas voulu avoir pour hôtes ». Il voulait des juges flétris, dit Cicéron, parce qu'il désespérait du salut des coupables devant des juges intègres.

---

(1) Suet. *Cæs.* 42. parricidas, ut Cicero scripsit, bonis omnibus, reliquos dimidia parte multavit.

La *Lex Antonia de provocatione* accorda aux citoyens condamnés pour violence ou lèse-majesté le droit d'en appeler aux comices. Cicéron, qui attaque vivement cette mesure, prétend qu'elle équivalait à une abrogation tacite des lois *de vi* et *de masjetate*, personne n'étant assez téméraire pour traduire devant le jury un coupable qui pourrait ensuite porter l'affaire devant le peuple dont la décision est toujours incertaine. Il faut, néanmoins, reconnaître que cette loi, si inopportune qu'elle pût être, était un retour aux principes du droit public romain. Les lois *Valeriæ* et *Porciæ* en effet décidaient qu'aucune condamnation à une peine capitale ne pouvait recevoir son exécution avant d' avoir été ratifiée par le peuple réuni dans ses comices.

Section XVI. — Lex Pedia de interfectoribus Cæsaris (711 de Rome).

Trop faible pour lutter seul contre le Sénat, Marc-Antoine s'unit à Octave et à Lepide. Le premier soin des triumvirs fut de venger l'assassinat de César. Le Sénat ayant déclaré (17 mars 710) que les auteurs de ce meurtre ne pourraient être poursuivis, une loi était nécessaire. Votée sur la proposition du consul P. Pedius, elle édicta con-

tre les coupables la peine capitale de l'*interdictio aquæ et igni*, et prononça, en outre, la confiscation générale de leurs biens (1). Cette loi d'exception qui créait une *quæstio extra ordinem* supprimait, en outre, l'immunité dont jouissaient les magistrats et les sénateurs envoyés en mission ou absents *reipublicæ causa*.

La chute de la République devait entraîner la disparition des *quæstiones perpetuæ*. Auguste devait souhaiter la suppression d'une institution qui pouvait devenir la source de sérieux embarras. En effet, à un moment donné les chevaliers et les tribuns du Trésor pouvaient essayer de résister au nouveau pouvoir, et tenter une opposition systématique en condamnant de parti pris tous les magistrats qui auraient fidèlement exécuté les ordres qu'ils avaient reçus.

Cependant le nouveau maître de l'État affecte de professer le plus profond respect pour ces tribunaux. Il ne croit pas déroger à sa dignité en venant défendre en personne Scutarius poursuivi

---

(1) Vell. II, 69, lege Pedia, quam consul Pedius, collega Cæsaris, tulerat, omnibus qui Cæsarem patrem interfecerant, damnatis aquæ ignique interdictum erat. — Dio Cass. XLVI, 49 ; XLVII, 22.

pour injures (1). Dans le procès de Nonius Asprenas, accusé d'avoir empoisonné 130 personnes, il vient témoigner lui-même devant le jury de l'honorabilité de l'accusé (2). Enfin dans sa *lex de judiciis publicis*, il s'occupe de l'organisation intérieure des *quæstiones perpetuæ*. Quelques-unes de ces dispositions sont très libérales ; allant plus loin que Marc-Antoine il ajoute aux trois décuries de juges existantes une quatrième *ex inferiore censu*.

Mais ce n'était là qu'une habile hypocrisie. Doué d'un sens politique profond, Auguste savait qu'il fallait laisser au peuple une souveraineté nominale pour pouvoir le gouverner plus facilement. Telle est la seule raison pour laquelle il laisse subsister le jury ; mais il cherche à restreindre sa compétence dans d'étroites limites. Cédant aux conseils de Mécène, il attribue au Sénat le jugement de tous les crimes graves dont un sénateur peut se rendre coupable (3) ; de cette façon la connaissance des crimes commis par les magistrats est indirectement retiré au jury qui perd son droit de contrôle sur l'administration, et n'est plus appelé qu'à juger d'obscurs criminels.

Après Auguste de nombreuses constitutions im-

---

(1) Suet. *Oct.* 56.

(2) Pline. *Hist. Nat.* XXXV, 12. — Sute. *Oct.* 56. — Quintillien, *Inst.* X, 1, 22 ; XI, 1, 57.

(3) Dio Cass. LII, 21 et suiv.

périales confièrent au préfet de la ville le jugement d'un grand nombre de délits. Enfin en l'année 909 de Rome, Septime Sévère attribua à ce même magistrat le jugement de tous les crimes pour lesquels le jury était encore compétent et consomma de la sorte cette abrogation lente et progressive des *quæstiones perpetuæ*.

Nous avons ainsi terminé notre exposé historique des *quæstiones perpetuæ ;* nous avons suivi cette institution depuis ses origines jusqu'à son entière disparition. Cette législation était née des efforts faits pour arriver à la constitution du jury criminel. En effet, il y a vingt siècles, les Romains discutaient déjà un problème qui n'a guère reçu que de nos jours sa solution définitive, à savoir le jugement de l'accusé par ses pairs. Malheureusement cette tentative était condamnée à l'insuccès. Si parfaite qu'on la puisse supposer, une institution ne peut vivre qu'à la condition d'être en harmonie avec les mœurs du pays où elle doit recevoir son application. Le jury suppose l'égalité sociale ; là où elle n'existe pas, on ne saurait espérer trouver dans cette organisation judiciaire le moyen d'assurer une justice impartiale, sachant se tenir à égale distance d'une excessive sévérité et d'une indulgence corruptrice.

Cette étude nous en offre un exemple frappant.

La distinction entre patriciens et plébéiens était des plus profondes. Jusqu'en l'année 310 le mariage est interdit entre patriciens et plébéiens. A l'origine, les patriciens seuls peuvent aspirer aux fonctions publiques ; sans doute, dès l'année 387, le consulat, et, dès l'année 417, la préture deviennent accessibles aux plébéiens ; mais en fait l'antagonisme se maintient jusqu'au jour où les empereurs réalisent l'égalité dans la servitude.

A l'origine les jurés se recrutent exclusivement parmi les membres du Sénat. Appelés à connaître des crimes commis par les magistrats dans l'exercice de leurs fonctions, les sénateurs sont chargés d'un contrôle dans lequel ils sont juges et parties. Ils ont tout intérêt à cacher les dilapidations de leurs collègues pour ne pas jeter le discrédit sur le corps auquel ils appartiennent ; et souvent, pour maintenir la considération dont ils jouissent, ils croient nécessaire de nier l'évidente culpabilité de l'accusé. Malheureusement les masses populaires n'ont jamais professé un respect absolu pour la maxime : « *Res judicata pro veritate habetur* ». A la suite d'acquittements scandaleux, l'opinion publique indignée provoqua une réaction violente. D'après les *leges Semproniæ*, ce sont les plébéiens riches, les chevaliers, *(equites)*, qui sont appelés à faire partie du jury. Ici on évite un danger pour tomber dans un autre plus redoutable. L'accusé

comparaît non plus devant des juges trop faibles, mais devant des adversaires politiques qui ne laissent pas échapper l'occasion d'assouvir leur vengeance ou d'atteindre le but poursuivi. Des condamnations d'une injustice criante montrent les vices de ce nouveau système.

Les tribuns Livius Drusus et Plautius essayent une dernière transformation qui semble devoir donner d'heureux résultats. Ils créent un jury mixte comprenant des représentants de toutes les classes de la société romaine. Cette innovation semble assurer les droits de l'accusé tout en empêchant le retour d'acquittements injustifiés. Mais ces espérances ne tardent pas à être déçues. La majorité du jury, en effet, appartient ou n'appartient pas à l'ordre dont l'accusé fait partie; dans les deux cas, on voit se reproduire les abus qui ont amené la chute des deux premiers systèmes.

Aussi l'histoire du jury romain nous présente-t-elle une suite d'efforts stériles. D'incessantes réformes modifient l'organisation intérieure des *quæstiones perpetuæ* qui varie dix fois dans l'espace de moins d'un siècle, et malgré tout, cette législation si développée disparaît sans laisser de traces. Seules les lois pénales proprement dites, qui n'avaient aucun caractère politique, ont une longue durée ; à l'époque de Justinien, en effet, les lois de Sylla sur le meurtre et le faux, les lois de César sur les exactions sont encore en vigueur.

DEUXIÈME PARTIE

DE L'ORGANISATION INTÉRIEURE DES QUÆSTIONES PERPETUÆ ET DE LA PROCÉDURE SUIVIE DEVANT CES TRIBUNAUX

Avant d'étudier l'organisation intérieure des *quæstionēs perpetuæ* et la procédure suivie devant ces tribunaux, on doit se demander si une étude de cette nature est possible. En effet, on a souvent prétendu qu'une procédure générale n'avait jamais existé. Nombre d'auteurs soutiennent que les Romains ont admis un principe que les peuples modernes ont complètement abandonné, celui de la *spécialité de juridiction* pour chaque espèce de crime : chaque crime a son code particulier, c'est la loi qui l'a prévu et défini ; cette loi établit un tribunal distinct (*quæstio*), une procédure particulière. Si, en fait, certaines règles se trouvent toujours reproduites, c'est là une simple coïncidence, et on ne peut pas en conclure qu'il a existé entre ces différentes lois un lien, une connexité quelconque (1).

(1) Cfr. Geib, *op. cit.* p. 174. — Moreau. *op. cit.* p. 58. — Martz., *op. cit.* p. 88.

Cette opinion ne saurait être acceptée. Quel serait en effet le trait caractéristique de ces différentes *quæstiones*. Serait-ce que chaque quæstio a un président distinct ? Evidemment non ; car pour un même crime, nous voyons souvent plusieurs présidents ; à l'inverse, souvent pour plusieurs crimes de nature bien différente, nous ne voyons qu'un seul *judex quæstionis ;* dans tous les cas, ce criterium est absolument incertain, puisque cette répartition varie d'une année à l'autre (1).

Les *quæstiones perpetuæ* se sont développées graduellement. A l'origine, le jury ne connaît que des exactions des gouverneurs (senatus-consulte rendu en conséquence de la loi Calpurnia) ; plus tard, il devient compétent pour tous les délits des magistrats (*leges Semproniæ*) ; Sylla en fait une institution de droit commun et lui confie le jugement de tous les crimes de tous les citoyens romains, (les *leges Corneliæ*, en effet, embrassent tous les délits pouvant entraîner un *judicium publicum*, une action publique). Pour toutes ces affaires, il n'y a qu'un seul tribunal ; la procédure est toujours la même, il n'y a d'exception que pour certains crimes relativement auxquels le législateur, soit à cause de leur gravité, soit à cause des

---

(1) Voir ci-après, page 153.

circonstances, a cru devoir édicter des mesures spéciales. Pour chaque procès il faut déterminer quels seront les jurés qui devront statuer sur le sort de l'accusé, quel sera le magistrat qui devra diriger les débats. Les jurés sont ou choisis par les parties *(judices editicii)* ou tirés au sort *(judices selecti)* ; la législation a souvent varié à cet égard. Chaque année le sort attribue à chaque préteur la présidence de tous les procès relatifs à une certaine catégorie de crimes. Il y a là quelque chose d'analogue à ce qui a lieu chez nous dans les tribunaux d'une certaine importance : on répartit les affaires entre les différentes chambres qui se trouvent ainsi avoir une compétence exclusive. Malgré cette répartition, on n'a jamais soutenu que notre législation ait admis ce principe de la spécialité de juridiction ; pourquoi voudrait-on qu'il en fût autrement en droit romain ?

CHAPITRE PREMIER

PROCÉDURE IN JURE

Section I. — Du Président (Prætor ou Judex quæstionis).

Le président, chargé d'assurer à l'audience le respect des droits de l'accusation et de la défense, joue encore un rôle prépondérant dans la procédure antérieure aux débats; il examine l'accusation, vérifie si elle rentre dans le cercle de ses attributions, et accorde ou dénie l'action suivant les cas. Bien qu'il ne participe pas au jugement, il a cependant des pouvoirs si étendus qu'il peut à son gré faire acquitter ou condamner un accusé : ainsi Pompée craignant une condamnation épouse la fille du préteur Antistius (1); malgré les dispositions formelles de la *lex Cornelia*, César, président de la *quæstio de sicariis* punit comme assassins ceux qui avaient reçu de l'argent pour tuer des citoyens proscrits (2).

---

(1) Plut. *Pomp.*, c. 1.
(2) Suet. *Jul. Cæs.*, 12.

La présidence appartient en principe aux préteurs. Aussi Sylla est-il obligé d'augmenter leur nombre et de le porter à huit quand il élargit la compétence des *quæstiones perpetuæ* (1). Ils restent tous à Rome pendant l'année de leur charge et répartissent entre eux par *sortitio*, la *jurisdictio urbana*, *peregrina*, et la présidence des *quæstiones*. Il y a un préteur urbain, un préteur pérégrin et six préteurs présidents. — César porta leur nombre jusqu'à seize (2).

Ces magistrats trop peu nombreux ne pouvant suffire à présider tous les procès qui se déroulent devant le jury, on dut appeler éventuellement à cette fonction d'autres personnes (*judices quæstionis*), chargées de les remplacer en cas de besoin.

On a quelquefois soutenu que le préteur et le *judex quæstionis* ne sont qu'un seul et même personnage sous deux noms différents. Cette opinion est contredite de la manière la plus formelle par un texte du Digeste, « *prælerea tenetur... quive* « *cum* magistratus judexve quæstionis *sub capi-* « *talem causam pecuniam acceperit, ut publica lege* « *reus fieret* (3) ».

(1) Vellei. II, 89. — Dio Cass XLII, 51. — C'est à tort que Pomponius (L. 2, § 32. Dig. *de orig. Juris*, I, 2) prétend que Sylla créa 4 nouveaux préteurs, et porta ainsi leur nombre à 10 ; — Cfr. Rudorff, *Hist.* II, p. 337.

(2) Dio Cass. XLII, 51 ; XLIII, 47, 49, 51.

(3) L. I, § 1. Dig. *ad leg. Corn. de sic.* (XLVIII, 8). — Collat. leg. Mos. tit. I, c. 3, § 1.

D'après un deuxième système le *judex quæstionis* serait un magistrat inférieur placé sous les ordres du préteur et figurant à côté de lui dans chaque instance pour l'assister (1). On invoque trois procès dans lesquels on croit trouver simultanément un *judex* et un préteur : dans le procès de Verrès, M. Acilius Glabrio est le préteur, Q. Curtius est le *judex;* dans le procès d'Oppianicus on trouve comme préteur C. Verrès, et comme *judex* C. Junius ; enfin Q. Naso préside le procès de Quinctius en qualité de préteur et a sous ses ordres le *judex* Voconius. — L'erreur de ce système est, de nos jours, presque universellement reconnue. Tout d'abord, il est aujourd'hui démontré que Q. Voconius et Q. Naso ne sont qu'un seul et même personnage. C. Verrès n'est point le président de la *quæstio de sicariis* devant laquelle est traduit Oppianicus, il est le préteur urbain qui en cette qualité devait autoriser la *subsortitio;* ce fut pour n'avoir pas observé cette formalité que C. Junius encourut une peine. Quant à Q. Curtius, il est absolument étranger au procès de Verrès : président d'une autre *quæstio*, et ami personnel de l'accusé, il veut éliminer les juges hostiles à l'ancien gouverneur de la province de Sicile ; il recourt dans ce but à la *subsortitio* pour faire désigner ces derniers comme

(1) Sigon *de jud.* II. c. 5.

jurés complémentaires dans le procès dont il a la direction; mais, grâce à Cicéron, cette tentative pour sauver Verrès ne peut aboutir. Ainsi l'argument invoqué est absolument sans fondement; il est donc impossible de considérer le *judex quæstionis* comme un simple assesseur du préteur (1).

Quel est exactement le caractère des fonctions de ces *judices quæstionis?* Nous pensons avec la plupart des auteurs qu'ils sont chargés de présider le jury, en l'absence des préteurs. Comme magistrats, ils sont inviolables et ne peuvent être l'objet d'une accusation capitale tant qu'ils sont en fonctions (2). Ainsi le tribun Quinctius, voulant accuser C. Junius qu'il prétendait s'être laissé corrompre dans le procès d'Oppianicus, dut attendre un certain temps, jusqu'à ce que les pouvoirs de ce dernier fussent expirés (3).

Toutefois, il est permis de supposer qu'ils n'ont pas des pouvoirs aussi étendus que les préteurs. Ceux-ci sont compétents pour décider s'il y a lieu de traduire l'accusé devant le jury, si le crime est du ressort de la quæstio, s'il y a aveu ou flagrant délit, cas dans lesquels il n'y a pas lieu à un pro-

---

(1) Madvig. *Disputatio critica de Q. Asconii Pediani commentariis* (Havniæ 1828), p. 130. — Geib., *op. cit.*, p. 186-194. — Walter, *op. cit.* II, § 835, note 13.

(2) Contrà Geib, *eod. loc.*

(3) Cic. *p. Clu.* 33, 90.

cès mais simplement à l'application d'une peine. Dans tous les textes que nous possédons les *judices quæstionis* figurent seulement au procès ; nous pouvons en conclure que leur rôle se borne exclusivement à diriger les débats.

Quant à leur mode de nomination, les avis sont partagés. Les uns pensent qu'ils sont élus directement par le peuple (1) ; selon d'autres, ils sont choisis soit par le préteur (2), soit par le Sénat (3) ; dans tous les cas, ils sont nommés pour un an (4).

Quelques auteurs (5) admettent que ces magistrats, placés sur un pied de complète égalité avec les préteurs, sont répartis par la voie du sort entre les différentes *quæstiones*. Nous ne pouvons accepter cette solution ; elle suppose, contrairement à ce que nous avons dit, qu'ils ont les mêmes pouvoirs que les préteurs. Il nous semble plus naturel de conjecturer que chaque préteur président a sous ses ordres un certain nombre de *judices quæstionis*,

---

(1) Madvig, *op. cit.*, p. 125.

(2) Geib, *op. cit.*, p. 193.

(3) Laboulaye, *op. cit.*, p. 328. — A. W. Zumpt, *dr. cr.*, II, 2, p. 150.

(4) Cic. *p. Clu.* 33, 89 et 90. - Cfr. A. W. Zumpt, *dr. cr.* II, 2, p. 145.

(5) Geib. *op. cit.* p. 189. — Madvig. *op. cit.*. p. 130.

qui sont en quelque sorte des substituts, et qui peuvent le remplacer pour certains actes (1).

Les renseignements fournis par Cicéron et le scholiaste Asconius (2) nous permettent de reconstituer la répartition des magistrats entre les différentes *quæstiones* en l'année 688 de Rome, et de justifier ainsi quelques-unes des hypothèses que nous venons d'émettre.

M. Tullius Cicéron préside la *quæstio de pecuniis repetundis ;*

P. Cassius préside la *quæstio de majestate*;

Aquilius préside la *quæstio de ambitu ;*

C. Orchivius préside la *quæstio de peculatu ;*

Q. Voconius Naso préside la *quæstio de veneficiis* ;

M. Plætorius et C. Flaminius président la *quæstio de sicariis ;*

D'autre part, nous connaissons cette même année un autre préteur, C. Antonius.

Si tous ces présidents sont des préteurs, il ne reste plus que C. Antonius pour remplir les fonctions de préteur urbain et de préteur pérégrin. C'est là une conséquence inadmissible qui n'est acceptée par personne.

---

(1) Sic. A. W. Zumpt. *dr. cr.* II, 2, p. 152.

(2) Cic. *p. Clu.* 53 et 54; 34, 94; *p. Rab.* 4, 9. — Ascon, *in Corn.* (Orelli, Schol. II, p. 59) ; *ni. tog. cand,* (p. 85).

Quelques auteurs ont émis l'hypothèse que Q. Voconius Naso était à la fois préteur urbain et président de la *quæstio de veneficiis* (1). Cette explication soulève de sérieuses objections. Depuis Sylla, le préteur urbain et le préteur pérégrin ne sont jamais placés à la tête d'un tribunal criminel. En outre, on est dans ce cas obligé de considérer C. Antonius comme préteur pérégrin, ce qui est absolument impossible. Cicéron (2), Pline (3), Valère Maxime (4) nous rapportent le faste que celui-ci déploya dans les fêtes publiques qui ne sont données que par les édiles ou les préteurs urbains. Or, C. Antonius, tribun en l'année 683, préteur en l'année 688, n'a pas pu passer par l'édilité (5); il n'a donc pu offrir ces spectacles dont parlent Cicéron, Pline et Valère Maxime qu'en l'année 688 alors qu'il était préteur urbain.

D'autres (6) considèrent Q. Voconius Naso comme un *judex quæstionis*. A l'appui de cette thèse ils invoquent un texte de Cicéron : « *Jubet* « *lex ea (Cornelia) qua lege hæc quæstio consti-*

---

(1) Ferrat. *Epist.* I, 7. p. 19.
(2) Cic. *p. Mur.* 19, 40.
(3) Pline, *Hist. nat.* XXXIII, 53.
(4) Val. Max. II. 4, 6.
(5) Voir note 1, p. 152.
(6) Garatoni (Ciceronis opera, éd. Neap. IV, p. 493). — Madvig, *de Asc. Ped.* p. 129.

« *tuta, judicem quæstionis, hoc est Voconium cum* « *iis judicibus...* (1) ». L'argument prouve trop pour être décisif; il faudrait en effet aller jusqu'à dire qu'aux termes de la loi Cornelia la présidence de la *quæstio de veneficiis* devait toujours être confiée à un *judex quæstionis*. D'ailleurs, Q. Voconius avait droit à des licteurs (2), ce qui semble bien indiquer qu'il était préteur.

Dans un troisième système qui paraît plus exact, on admet que M. Plætorius et C. Flaminius n'étaient que des *judices quæstionis* (2). En effet, dans son plaidoyer pour Cluentius, Cicéron nous apprend qu'au moment où il défendit un certain Matrinius, que les censeurs L. Gellius Publicola et Q. Publicius avaient déjà noté d'infamie, M. Junius était préteur urbain, M. Plætorius et C. Flaminius étaient édiles (3). Ce procès date au plus tôt de l'année 684, puisqu'il est postérieur à la flétrissure qui, cette même année, fut infligée à l'accusé. Or, à cette époque, le préteur urbain est Mummius (4) et non pas Junius. En l'année 685 les édiles sont M. Cicéron et Cæsonius, et non pas M. Plætorius et C. Flaminius. Ceux-ci n'ont donc

---

(1) Cic. *p. Clu.* 54, 148.
(2) Cic. *p. Clu.* 53, 147.
(3) Cic. *in Verr.* III, 53, 123. — Cfr. A. W. Zumpt., *dr. cr.* II, 2, p. 164.
(4) Cic. *p. Clu.* 53. 126. — Pline, *Hist. nat.* XXXV, 100.
(5) Cic. *in Verr.* III. 53, 123.

pu être édiles au plus tôt qu'en l'année 686 ; et dès lors ils ne peuvent pas avoir été préteurs en l'année 688 (1) ; c'est donc comme *judices quæstionis* qu'ils président la *quæstio de sicariis* et *de veneficiis*.

En résumé nous voyons :

Comme préteur urbain, C. Antonius.

Comme préteur pérégrin ??

Comme président de la *quæstio de pecuniis repetundis*, le préteur M. Tullius Cicéron.

Comme président de la *quæstio ambitus*, le préteur Aquilius.

Comme président de la *quæstio majestatis*, le préteur P. Cassius (2).

Comme président de la *quæstio peculatus*, le préteur Orchivius.

Comme président de la *quæstio de sicariis et veneficiis* le préteur Q. Voconius Naso. — M. Plætorius et C. Flaminius ne sont que des substituts qui président les procès peu importants. Q. Voconius dirige les débats dans l'affaire Cluentius, parce que celle-ci offre une certaine gravité et qu'elle met en jeu la responsabilité de C. Junius, président

---

(1) Il y a un intervalle obligatoire de deux ans entre la gestion de deux magistratures. V. Mispoulet. *Inst. pol.* I. p. 81.

(2) Ce magistrat avait vraisemblablement la présidence de la *quæstio de vi*, car ce crime présente une grande analogie avec le *crimen majestatis*.

du tribunal qui avait condamné Oppianicus (1).

Un autre préteur dont le nom nous est inconnu présidait la *quæstio de falsis*.

Observation. — En l'année 688 trois préteurs sont exclusivement chargés des procès relatifs aux crimes des magistrats, alors que Sylla n'en avait désigné que deux à cet effet. Ceci démontre d'une manière bien nette que cette répartition n'avait rien de fixe et qu'elle variait d'une année à l'autre suivant les circonstances.

Les différents crimes qui sont de la compétence du jury sont divisés en six groupes ; chacun d'eux, comprenant les infractions de même nature, est attribué à un des six magistrats chargés de la juridiction criminelle : ainsi le même préteur doit avoir la présidence des *quæstiones de vi* et *de majestate*, tel autre la présidence des *quæstiones de sicariis* et *de injuriis*. Mais souvent les auteurs ne mentionnent que la *quæstio* la plus importante : ainsi, bien que Cicéron ne parle de Q. Voconius que comme président de la *quæstio de sicariis*, il est permis de supposer qu'il avait également la présidence de la *quæstio de injuriis*, car ces deux crimes présentent ce caractère commun qu'ils constituent un attentat contre les personnes.

---

(1) Cluentius était accusé d'avoir corrompu les juges qui, en l'année 680, condamnèrent Oppianicus comme coupable de tentative d'empoisonnement.

Section II. — De l'accusation.

Le premier acte de la procédure est l'accusation. A Rome il n'existe pas de ministère public chargé de poursuivre d'office la répression des crimes : « Les lois romaines, partant de cette idée que tous « les membres d'une même société ont un intérêt « égal à la punition des coupables, confiaient à « chaque individu le soin de veiller à la sécurité « générale. Le premier citoyen venu, qu'il eût ou « non souffert de l'acte punissable, pouvait mettre « en mouvement l'action publique, se charger de « l'accusation et faire ainsi réparer par une pour- « suite criminelle le mal qu'il n'avait pas personnel- « lement éprouvé (1). » Ce rôle d'accusateur public, longtemps considéré comme un des plus beaux priviléges de la qualité de citoyen fut ambitionné par des hommes tels que Caton, Hortensius, Cicéron, qui, pour donner satisfaction à la vindicte publique, n'hésitaient pas à dénoncer les méfaits de criminels souvent puissants. Ils s'attiraient ainsi l'estime de leurs concitoyens qui, en récompense de leurs efforts courageux, leur confiaient les plus hautes magistratures de la République.

---

(1) Garraud. *Précis de droit criminel*, édition 1881, nº 644.

I. Postulatio. — Celui qui veut se porter accusateur se rend au Forum, s'adresse au président de la *quæstio* pour lui demander la permission de citer le citoyen qu'il veut traduire devant le jury ; en même temps il articule ses griefs et prête serment qu'il agit de bonne foi, sans intention mauvaise (1).

Quoique le magistrat n'ait pas à juger le bien ou le mal fondé de la plainte, il doit néanmoins trancher certaines questions préliminaires et décider : A) — Si l'acte incriminé est de la compétence de la *quæstio* qu'il préside ; — B) Si l'accusé peut être poursuivi ; — C) Si l'accusateur satisfait aux conditions que la loi exige de ceux qui veulent remplir cette fonction.

A.) Sur la première question nous n'avons rien à dire. Le préteur statue souverainement ; toutefois le préteur d'une autre *quæstio*, qui se croirait compétent, pourrait opposer son *veto* à la décision par laquelle son collègue chercherait à empiéter sur ses attributions.

B.) Il faut ensuite examiner s'il n'y a pas des obstacles qui s'opposent au procès, soit provisoire-

---

(1) Avant les réformes de Gracchus l'accusateur public s'adressait au Sénat qui décidait s'il y avait lieu d'instruire le procès. (Voir 1re part. sect. 1, p. 12.)

ment, soit d'une manière permanente. Dans certains cas, l'action publique est suspendue, dans d'autres, la loi la supprime, la déclare éteinte.

a) Les magistrats, les citoyens envoyés en mission dans les provinces, les individus absents *reipublicæ causa* ne peuvent être accusés. Telle est la règle qui fut souvent éludée. Parfois le Sénat oblige le coupable à donner sa démission; tel fut le cas du préteur Lentulus qui avait pris part à la conjuration de Catilina (1); en cas de refus, une loi peut intervenir, qui suspend l'inviolabilité du magistrat. Enfin, certaines lois ont décidé d'une manière générale que les magistrats pourraient être poursuivis; cette mesure exceptionnelle s'explique soit par la gravité des circonstances (*leges Pompeiæ* 702, *lex Pedia de interfectoribus Cæsaris* 711), soit à cause de l'énormité du crime (*lex Peducæa-Memmia*).

b) La présomption de vérité attachée à la chose jugée ne permet pas de remettre en question ce qui a été irrévocablement décidé (*res judicata pro veritate habetur*). Qu'il ait été absous ou condamné, l'inculpé ne peut plus être poursuivi à raison du même fait. Toutefois, cette exception *rei judicatæ* ne s'attache qu'aux jugements définitifs régulièrement prononcés; elle ne peut donc pas être

(1) Sall. *Cat.* 56.

invoquée si l'accusateur a abandonné l'instance, ou s'il s'est concerté avec l'accusé pour dissimuler les preuves les plus décisives de la culpabilité *(tergiversatio, prævaricatio)* (1).

c) En règle générale, les Romains n'admettaient pas que le droit de punir s'éteignît par un certain laps de temps. Il n'y avait d'exception que pour le *crimen ambitus*. En effet, la *lex Pompeia de ambitu* (702), décidant que tous les faits de brigue remontant à l'année 684 pourraient être déférés au jury, souleva des protestations dont on se rend seulement compte, en admettant que Pompée anéantissait des prescriptions régulièrement accomplies, et violait ainsi des droits acquis à l'impunité. Cette prescription s'accomplissait dans un très bref délai ; il n'était possible de poursuivre le magistrat et de lui demander compte des moyens illicites qu'il avait employés pour se faire nommer, que dans le court espace de temps qui s'écoule entre l'élection et l'entrée en fonctions. A partir de ce moment le coupable est à l'abri de toute poursuite jusqu'à l'expiration de ses pouvoirs. On comprend dès lors que la loi déclare éteinte une action dont le but principal, annulation de l'élection frauduleuse, ne peut plus être atteint (2).

---

(1) Lex Acilia, lign. 56, condemnatus aut apsolutus erit quom ex h. l. nisei quod postea fecerit, aut nisei quod prævaricationis caussa factum erit (Corp. Inscr. lat. I, nº 198, p. 61).

(2) A. W. Zumpt, *pr. cr.*, p. 438.

C.) Agissant au nom de la société tout entière troublée par l'acte délictueux, l'accusateur public exerce une haute et difficile mission qui ne doit être confiée qu'à des personnes réellement capables de la bien remplir. Aussi, celui qui se charge de réclamer la répression d'un crime, doit-il satisfaire à certaines conditions; il doit être citoyen romain et ne se trouver dans aucun des cas d'incapacité ou d'indignité prévus par la loi.

Sont incapables : — *a)* les femmes (1); — *b)* les individus âgés de moins de 17 ans (2); — *c)* les soldats.

Sont indignes : — *a)* les *infames* : les censeurs comme gardiens des mœurs pouvaient *noter* un citoyen *(judicium arbitriumve de fama ac moribus)*, mais cette décision n'entraînait pas les effets d'une condamnation et ne retirait pas le *jus accusandi* (3); — *b)* ceux qui ont été condamnés pour faux témoignage (4); — *c)* les individus convaincus d'avoir reçu de l'argent, soit pour se porter accusateurs, soit pour s'abstenir de toute poursuite (5); — *d)* ceux qui n'ont pas une fortune d'au moins 50000

---

(1) A partir seulement du commencement du huitième siècle; en effet Afrania dont parle Ulpien (L 1 § 5 Dig. *de post.* III, 1) mourut en l'année 706. — Val. Max. VIII, 3, 2.

(2) Ulpien. L. 1 § 3 Dig. *eod. tit.*

(3) L. 4. Dig. *de acc.* (XLVIII, 2). — Cic, *p. Clu.* 43.

(4) L. 9. Dig. *eod. tit.*

(5) L. 8 *eod. tit.*

sesterces ; la loi suppose que ces derniers agiraient dans un but intéressé (1).

Des personnes d'ordinaire capables se voient dans certains cas privés du *jus accusandi* : — *a)* les parents ne peuvent accuser leurs enfants, à l'inverse les enfants ne peuvent accuser leurs parents ; les affranchis ne peuvent accuser leurs patrons ; dans des crimes graves, il est défendu d'accuser son frère ; la loi veut empêcher toute cause de dissension dans les familles (2) ; — *b)* il est défendu de soutenir simultanément plus de deux accusations (3) ; l'accusateur doit agir par dévouement à la chose publique et non pas chercher dans cette noble fonction un moyen de se procurer des ressources.

A l'inverse, les personnes indignes ou incapables peuvent dans certains cas remplir le rôle d'accusateurs : — *a)* si le fait incriminé a causé un préjudice matériel ou moral, soit à eux, soit à un de leurs parents (4) ; ainsi, les habitants des provinces non citoyens peuvent poursuivre les magistrats concus-

---

(1) L. 10 Dig. *eod. tit.*

(2) L. 11 § 1. Dig. *eod. tit.* — L. 1 § 16. Dig. *De quæst.* (XVLIII, 18). — Paul *Sent.* V, 13, 3. — Plin. *Pan.* 42.

(3) L. 12 § 2. Dig. *eod. tit.* — Il faut lire *tribus* au lieu de *duobus*. Cfr. L. 8. *eod. tit.*

(4) L. L. 1 ; 2, *pr.* et § 1 ; 4 § 5 ; 8 ; 9 ; 10 ; *pr.* ; 12 § 2 ; Dig. *de acc.* (XLVIII. 2).

sionnaires, quand ils ont été victimes de leurs exactions, souvent ils obtiennent comme réponse le *jus civitatis* ; — *b*) si le crime est un de ceux qui font courir à la société un danger immédiat (*crimen de majestate, de falsis nummis*, etc., etc.) ; l'intérêt public exige que de pareils faits soient promptement punis (1).

II. *Divinatio.* — Il ne peut y avoir qu'un accusateur pour le même crime. Si plusieurs personnes se présentent pour intenter le procès, il y a lieu de recourir à une procédure spéciale, *divinatio*, pour déterminer à qui sera confié le soin de poursuivre la réparation de l'acte délictueux. « *Divinatio dicitur hæc oratio qua non de facto quæritur, sed de futuro, quæ est divinatio uter debeat accusare* (2) ». Le débat n'a pas lieu devant le préteur seul comme sous l'empire, mais devant un certain nombre de juges (*judices*) présidés par le président de la *quæstio*. Nous ne savons pas d'une manière bien précise quels sont ces *judices* ; Cicéron (3) nous apprend qu'un certain nombre d'entre eux seront appelés à statuer sur le sort de l'accusé. Ne peut-on pas en conclure qu'ils sont choisis par le président parmi les jurés inscrits sur l'*album* du

(1) L. L. 7 pr. § 1 et 2 ; 8 ; 13. Dig. *ad leg. Jul. maj.* (XLVIII,4) — L. 65. Dig. *de jud.* (V,1).

(2) Pseudo-Ascon. *in Div.* (Orelli, Schol. II, p. 89).

(3) Cic. *in Verr.* II, 1, 6, 15, quo in numero e vobis complures fuerunt.

préteur ? On comprend alors que parmi ceux qui font partie du jury de jugement, il s'en trouve quelques-uns qui aient déjà pris part à cette instance préliminaire (1).

Le tribunal ne doit pas statuer arbitrairement ; il est tenu de se conformer à certaines règles qui s'expliquent naturellement. — Si tout délit trouble le corps social, il y a certaines personnes auxquelles il cause un préjudice plus direct ; aussi doit-on confier en premier lieu l'accusation, soit à la victime si elle le demande et réunit les conditions voulues, soit à la personne qu'elle désigne à cet effet (2). C'est ainsi que pour le procès de Verrès, Cicéron, présenté par les délégués de la province de Sicile, fut préféré à Q. Cæcilius. En outre, il vaut mieux choisir un citoyen ayant la pratique des affaires et possédant le don de la parole (3).

Les autres compétiteurs, qui ont demandé à soutenir l'accusation, ne sont pas entièrement exclus de la poursuite. Ils peuvent s'adjoindre à l'accusateur principal, et sous le nom de *subscriptores* jouer un rôle assez important. Ils ont à rechercher les preuves et à faire tous les actes d'instruction ; à l'audience ils sont chargés de relever les omissions

(1) A. W. Zumpt. *pr. cr.* p. 141.
(2) Cic. *div.* 3,16.
(3) Cic. *div.* 8,27 et s.

qui peuvent se produire ; enfin ils surveillent l'accusateur et empêchent toute collusion entre lui et l'accusé. Le nombre de ces *subscriptores* varie beaucoup : — tantôt nous n'en voyons pas un seul ; Milon, *de sodaliciis*, 702, (1) ; Tuccius, *de vi*, 703 (2) ; — quelquefois un : Plancius, *de sodaliciis*, 700, (3) ; Milon, *de vi Clodiana* et *de vi Plautia*, 702, (4) ; — quelquefois deux : Milon, *de ambitu*, 702 ; Saufejus, *de vi*, 702, (5) ; — quelquefois trois : Scaurus, *de ambitu*, 702, (6) ; Cælius, *de vi*, 698, (7). Comme les textes n'en mentionnent jamais plus de trois, nous pouvons en conclure qu'il ne pouvait pas y en avoir un plus grand nombre.

III. *Nominis delatio.* — Après avoir accepté la demande et décidé, sur l'avis des *judices*, à qui serait confiée la poursuite, le président fixe un jour pour la *nominis delatio*, c'est-à-dire pour la détermination précise du fait incriminé et de la personne accusée. Cette formalité a pour but de saisir définitivement le tribunal de l'affaire.

Des doutes se sont élevés sur la procédure usitée

---

(1) Asc. *de Mil.* (Orelli, Schol., II, p. 54).
(2) Cic. *epist.* VIII, 1.
(3) Cic. *p. Planc.* 24.
(4) Asc. *eod. loc.*
(5) Asc. *eod. loc.*
(6) Asc. *in Scaur* (Orelli, Schol., II, p. 19).
(7) Cic. *p. Cæl.* 11.

à cet effet. — Selon certains auteurs (1), au jour dit, l'accusateur et les *subscriptores* se présentent devant le préteur et exposent les faits *(nominis delatio)* ; celui-ci dresse un procès-verbal *(inscriptio)* au bas duquel tous les accusateurs apposent leur signature. Cet écrit, contenant l'indication précise du crime, et analogue à l'acte d'accusation de notre Code d'instruction criminelle, serait dans ce système l'œuvre du préteur. Le jurisconsulte Paul a d'ailleurs donné la formule d'un acte semblable. « *Libellorum inscriptionis conceptio talis* « *est : consul et dies, apud illum prætorem vel pro-* « *consulem, Lucius Titius professus est se Mæ-* « *viam lege Julia de adulteriis ream deferre,* « *quod dicat eam cum Gaio Seio in civitate illa,* « *domo illius, mense illa, consulibus illis, adulte-* « *rium commisisse. — Utique enim et locus desi-* « *gnandus, in quo adulterium commissum est, et* « *mensis. Hoc enim lege Julia publicorum cave-* « *tur, et generaliter præcipitur omnibus, qui reum* « *aliquem deferunt. Neque autem diem, neque* « *horam invitus comprehendet* (2). » — Cette conjecture se heurte à de sérieuses objections. Ce procès-verbal du préteur fait double emploi avec le protocole par lequel ce même magistrat met,

(1) Geib. *op. cit.*, p. 281. — Rudorff. *Hist.* II, p. 428.
(2) L. 3 Dig. *de acc.* (XLVIII, 2).

quelques instants après, l'affaire au rôle *(nominis receptio)*. De plus, les accusateurs en second s'appellent *subscriptores*, ce qui semble bien indiquer qu'ils signent un document que l'accusateur principal ne signait pas. Aussi préférons-nous accepter l'explication suivante proposée par A. W. Zumpt (1) : c'est l'accusateur lui-même qui rédige cet acte d'accusation; il le fait ensuite signer par les *subscriptores*, d'où leur nom, puis le remet entre les mains du préteur qui, après avoir interrogé l'accusé, le déclare, s'il y a lieu, en état d'accusation (*in reatu*).

IV. *Nominis receptio.* — A la suite de cet interrogatoire, trois solutions peuvent intervenir :

1° Ou bien l'innocence de l'inculpé apparaît évidente. Dans ce cas, le préteur décide qu'il n'y a pas lieu d'aller plus loin et arrête ainsi l'instance dès le début. Il statue souverainement; l'accusateur ne peut pas se pourvoir devant un autre magistrat et réclamer son *intercessio*; car, si un magistrat a le droit d'opposer son *veto* à l'acte que son collègue se propose d'accomplir, il ne peut le forcer à faire un acte quelconque.

2° Ou bien l'accusé a avoué ou a été pris en flagrant délit. Dans ce cas, il est inutile de le traduire

(1) A. W. Zumpt, *pr. cr.*, p. 142 et s.

devant le jury (1) ; l'aveu, le flagrant délit équivalent à une déclaration de culpabilité. Il y a plus, le jury ne peut jamais condamner à mort ; au contraire, le magistrat doit prononcer les peines édictées par les lois anciennes, notamment par la loi des XII Tables ; en cas de parricide, il doit infliger le supplice de la noyade : « *In culeum insutus per summum decus vitam amittere.* » Aussi les magistrats cherchaient-ils le plus souvent à empêcher un aveu dont les conséquences étaient terribles, en outre ils se montraient très sévères dans l'appréciation des éléments constitutifs du flagrant délit.

3° Enfin la culpabilité peut paraître douteuse. Dans ce cas, le préteur inscrit l'affaire sur les registres publics *(nominis receptio)* (2), et déclare que telle accusation est portée contre telle personne. En même temps il fixe le jour où les parties doivent se présenter devant le tribunal *(diei dictio)* ; le plus souvent c'est le dixième jour après la *nominis receptio* (3), quelquefois le trentième (4) ; dans le procès de Verrès, Cicéron obtint

---

(1) Suet. *Oct.* 33. — Quint. *decl.* 314. — Sen. *cont.* VIII, 1. — A. W. Zumpt, *pr. cr.* p. 178. — C. T. Zumpt, *op. cit.* p. 44. — En sens contraire, Geib, *op. cit.* p. 274.

(2) Cic. *in Verr.* II, 38, 41, 42, 43 ; IV, 19. — Tit. Liv. XXXVIII, 55.

(3) Asc. *in Cornelium* (Orelli, II, p. 59) cum P. Cassius prætor decimo die, ut mos est, adesse jussisset. — Plut. *Cic.* 9.

(4) Asc. *in Scaurum* (Orelli, p. 19). — Cic. *in Vat.*, 14, 33

par exception un délai de cent dix jours (1). Durant ce laps de temps, l'accusateur recueille ses preuves, l'accusé prépare ses moyens de défense.

Celui-ci se trouve dès à présent frappé de certaines incapacités. — 1°) Il ne peut plus être juré (2). — 2°) Bien que l'accès des fonctions publiques ne lui soit pas interdit, il lui est défendu de se porter candidat (3). Il faut noter à ce sujet un trait particulier du droit public romain. Une élection n'est valable qu'autant que le candidat a fait accepter sa canditature par le président des comices électoraux avant le *trinundinum* qui précède le vote, (*rationem habere*, *nomen accipere*). Si la *nominis delatio* a lieu avant que la liste des candidats ait été irrévocablement dressée, le président doit rayer le nom de l'accusé ; mais si la *nominis receptio* n'a lieu qu'après, rien n'empêche ce dernier d'être valablement élu. On comprend ainsi comment Clodius, Scaurus, Metellus Scipion ont pu échapper à de graves accusations en obtenant, alors qu'ils étaient *in reatu*, une magistrature qui les mettait à l'abri de toute poursuite. — 3°) On a quelquefois soutenu que l'accusé pouvait être mis en état d'arrestation, mais c'est là une opinion

---

(1) Cic. *in Verr.*, I, 2 ; II, 1. — Tacite, *Ann.* II, 79.

(2) Cic. *in Verr* II, 31, 77.

(3) Asc. *in tog. cand.* (Orelli, II, p. 89)). Asc. *in Scaur*, (p. 19, Orelli).

erronnée; le citoyen, accusé d'un crime dont la connaissance appartient au jury, ne peut pas être incarcéré. « On pensait, dit M. Laboulaye, qu'un citoyen, quelle que fût la bassesse de sa condition, était un des maîtres du monde, et que des fers ne devaient pas blesser ses mains souveraines (1). » Cette raison n'est pas décisive, car, dans les premiers siècles de la République romaine, à une époque où le respect de la liberté individuelle était poussé à ses dernières limites, on ne reculait pas devant ce moyen souvent nécessaire pour empêcher le coupable de se soustraire à la justice. Le vrai motif est le suivant : les peines que pouvait prononcer le jury, peines pécuniaires, peines infamantes, *interdictio aquæ et igni*, ne s'attaquant pas à la personne physique de l'accusé, il était inutile de le soumettre à la détention préventive ; dans le cas où, pour échapper à une condamnation certaine, il prenait la fuite, le jury se contentait de ratifier cet exil volontaire.

V. *Instruction*. — En l'absence de magistrats chargés de la poursuite des crimes c'est à l'accusateur que la loi confie la mission de préparer tous les éléments du procès, de réunir les preuves de la culpabilité. A cet effet, il reçoit du président, une commission *(lex)* qui l'investit, en quelque

(1) Laboulaye. *op. cit.* p. 140.

sorte, d'une portion de la puissance publique, et lui donne le droit de procéder à tous les actes nécessaires à la découverte de la vérité (1); il pourra faire citer les témoins ou recevoir leurs déclarations ; il pourra pénétrer dans le domicile des citoyens, y faire des perquisitions, consulter leurs registres (*codices*), et les saisir au besoin s'il redoute un détournement. Il pourra même apposer les scellés sur la maison de l'accusé pour l'empêcher de faire disparaître les preuves de sa culpabilité (2) ; dans les procès de *pecuniis repetundis* notamment, les magistrats concussionnaires avaient intérêt à se défaire des objets dont ils s'étaient injustement emparés.

L'Etat, n'intervenant pas au procès, devait placer les deux parties sur un pied de complète égalité. Aussi les pouvoirs exorbitants, conférés à l'accusateur, simple citoyen, avaient un contrepoids dans une liberté égale accordée à l'accusé. Chacun des deux adversaires avait le droit d'imposer à l'autre des contrôleurs pour surveiller et empêcher tout excès de pouvoir ; les gardiens désignés par l'accusateur s'appelaient *comites*, ceux désignés par l'accusé *custodes* (3).

---

(1) Cic. *in Verr.* IV, 66. — Lex Acil. Lign. XXXI. (Corp. Insc. Lat. I, n° 198).

(2) Cic. *in Verr.* I, 19, 50 ; I, 23, 68 ; IV, 16, 35.

(3) Plut. *Cat. min.* 21. — Cic. *div.* 16, 51.

CHAPITRE II

PROCÉDURE IN JUDICIO.

Au jour fixé lors de la *diei dictio*, les parties doivent se rendre au forum devant le président de la quæstio.

Si l'accusateur ne comparaît pas, on raye du rôle le nom de l'accusé (*nomen ex reis eximere*), qui se trouve dès lors relevé des incapacités dont il était frappé. Toutefois, aucun jugement n'étant intervenu, un autre citoyen peut reprendre pour son compte l'accusation qui a été ainsi abandonnée (1).

L'accusé peut également ne pas se présenter. Dans le cas où il peut invoquer une excuse légitime il charge un mandataire de la faire valoir devant le tribunal ; et l'affaire est alors renvoyée à une autre audience (2). Mais le plus souvent, c'est sans aucun motif que l'accusé fait défaut. — Geib prétend que, dans ce cas, on doit prononcer, soit la peine édictée par la loi, soit même la peine capitale (*interdictio aquæ et igni*), si l'accusé s'est déjà vo-

---

(1) Ce sera le plus souvent un subscriptor. — Cic. *in Verr.* II, 40. Asc. *in Corn.* (Orelli, Schol. II. p. 59).

(2) Asc. *in Mil.* (Orelli, Schol. II, p. 40). — Cic. *in Verr.* I, 10, 31.

lontairement exilé (1). Les conséquences auxquelles aboutit ce système suffisent à le faire rejeter. Certaines infractions n'entraînent qu'une simple amende, qu'une simple incapacité de remplir une fonction publique ; et, d'après ce système, il faudrait condamner l'accusé au bannissement !... On ne peut même pas assimiler l'absence à l'aveu ; en cas d'aveu, les Romains confient aux seuls magistrats le soin d'appliquer la peine ; en cas d'absence, au contraire, ce sont les jurés qui statuent, et rien ne peut les empêcher d'acquitter. D'ailleurs, comment expliquer dans ce système ces manœuvres de toute sorte qu'employa Octave pour déterminer les jurés à condamner les meurtriers de César qui tous avaient pris la fuite (2)? — Nous sommes ainsi amenés à supposer qu'aucun changement important n'était apporté à la procédure ; l'accusateur articulait ses griefs, produisait ses preuves, puis on procédait au jugement. Toutefois, il devait y avoir des règles spéciales pour la formation du jury de jugement, surtout à l'époque où les parties prenaient une part active à la désignation des jurés (*judices editicii*) ; peut-être le président était-il chargé de remplacer l'accusé absent (3).

---

(3) Geib. *op. cit.* p. 304. — Rudorff, *Hist.* II, p. 450. — Walter, *op. cit.* II. § 850.

(2) Dio Cass. XLVI, 49. — App. *bell. civ.* III, 95 ; IV, 27 ; V, 48.

(3) Cfr. A. W. Zumpt. *pr. cr.*, p. 425.

Supposons maintenant que l'accusateur et l'accusé aient obéi à l'ordre du préteur ; il nous reste à étudier :

1° la formation du jury de jugement ;

2° la marche des débats ;

3° le jugement.

Section I. — Formation du jury de jugement.

En étudiant dans notre première partie les lois judiciaires, nous avons pu constater les nombreuses variations de la législation en ce qui concerne le mode de recrutement du jury, conséquence nécessaire de cette lutte opiniâtre que les deux ordres rivaux (*senatores*, *equites*), ne cessèrent de soutenir pour obtenir le monopole judiciaire. Il nous reste maintenant à rechercher d'après quelles règles on choisissait parmi les jurés inscrits sur l'*album* du préteur ceux qui devaient figurer dans chaque procès.

La formation du jury de jugement peut se faire de deux manières : ou bien les parties choisissent librement leurs juges, ou bien le sort désigne ceux des jurés qui seront appelés à connaître de l'affaire. Ces deux systèmes furent successivement employés.

Avant la loi Calpurnia Piso, le Sénat, au lieu d'examiner lui-même les plaintes des habitants des provinces, confiait le plus souvent à un ancien magistrat curule le soin de constituer une commission. Ce tribunal se composait en général de cinq sénateurs ; deux étaient désignés par l'accusé, deux par l'accusateur ; quant au cinquième,

il devait être choisi d'un commun accord par les deux parties ; dans le cas où elles ne pouvaient s'entendre, c'était le président qui nommait lui-même ce juge départiteur « *de medio* » (1). En l'absence de renseignements précis, il est permis de conjecturer que le sénatusconsulte rendu en conformité de la *lex Calpurnia Piso* et les *leges Semproniæ* n'ont à cet égard apporté aucun changement à la législation existante.

Des divergences d'opinions se sont élevées relativement au système adopté par la *lex Acilia*. — Selon Klenze (2), Rudorff (3), chaque partie désigne 100 jurés, sur lesquels l'autre partie en récuse 50 ; il en reste ainsi 100 qui forment le jury de jugement. — Mommsen (4) attribue à l'accusateur un rôle beaucoup plus important. Celui-ci, après avoir mis l'accusé en demeure d'indiquer ceux des *judices jurati* qui sont ses parents au degré prohibé, choisit 100 jurés sur lesquels l'accusé peut en récuser 50 ; les autres sont appelés à statuer sur l'affaire. Tous ces auteurs sont obligés de reconnaître que la loi défend aux parties de faire porter leur choix soit sur un magistrat en fonction, soit sur

(1) Tit. Liv. XXVI, 48.
(2) Klenze, *op. cit.* p. 35.
(3) Rudorff. *Hist.* I, § 78. — Cfr. C. T. Zumpt, *op. cit.* p. 22.
(4) Mommsen (Corp. Insc. Lat. I, nº 198, p. 65).

un ancien magistrat (1). Mais une telle défense ne peut guère s'expliquer, quiconque ayant rempli une fonction publique étant incapable de figurer sur la liste. Pour répondre à l'objection, Klenze fait remarquer qu'une erreur a pu se produire lors de la confection de la liste ; cette disposition a pour but d'empêcher malgré tout qu'un magistrat fasse partie du jury. Cette raison est peu satisfaisante. Cette cause d'incapacité facile à constater ne peut manquer d'être remarquée par certains citoyens qui la signaleront au préteur urbain. Si celui-ci refuse de faire droit à leurs réclamations, un autre préteur peut intervenir et opposer son *veto*. Il est également difficile d'admettre avec Mommsen que cette défense de la loi a pour but d'exclure les *judices jurati* qui auraient pu être appelés à une magistrature entre le moment où la liste annuelle a été dressée, et celui où il s'agit de procéder au jugement. Dans ce cas en effet, le préteur n'avait qu'à rayer d'office le nom de ce magistrat et empêcher ainsi les parties de le choisir (2). — Pourquoi dès lors ne pas supposer que cette loi, confor-

(1) Lex Acilia. Ligne XXII. (Corp. Inscr, lat. I, nº 198). Queive tr. pl. q. III vir cap. III vir a. d. a. tribunus mil. l. IIII. prim *(is aliqua e)*arum siet fueritve... *(queive)* in senatu siet fueritve...

(2) Cette explication d'ailleurs ne rend pas compte de la défense de la loi vis-à-vis des anciens magistrats. Ceux-ci étaient ou avaient déjà été en fonctions à l'époque de la confection de la liste, et dès lors ne pouvaient pas y avoir été inscrits par le préteur urbain.

mément à l'usage anciennement suivi, confiait au président de la quæstio le soin de désigner lui-même un certain nombre d'arbitres départiteurs ? Les juges qu'il prenait en dehors de la liste annuelle, établie pour l'usage exclusif des parties, devaient satisfaire aux conditions générales, notamment n'avoir jamais été magistrats. Ce n'est là assurément qu'une simple hypothèse ; mais elle s'appuie sur un précédent, et seule elle donne une explication logique de certains textes, qui autrement sont absolument incompréhensibles. D'ailleurs, en présence de fragments tellement tronqués qu'il est impossible de préciser le nombre de *judices* qui doivent figurer à chaque procès, il ne faut pas s'étonner outre mesure de ne trouver aucun texte mentionnant cette intervention du préteur (1).

Sylla inaugura le système du tirage au sort qui fut conservé par les autres lois judiciaires de la République à l'exception de la *lex Licinia de sodaliciis*.

Sur la foi d'un passage du Pseudo-Asconius (2), on a longtemps admis que pour chaque procès le préteur urbain désignait une décurie de sénateurs appelée à fournir le jury de jugement ; après

(1) Sic. A. W. Zumpt *dr. cr.* II, 1 p. 120 et s.

(2) Pseudo. Asc. *in Verr.* (Orellli, II, p. 131 et 201.)

avoir mis dans l'urne des boules (*pilæ*) sur lesquelles étaient inscrits les noms des membres de la décurie, le président de la quæstio tirait au sort autant de noms qu'il y avait de juges à nommer; on formait ainsi un premier *consilium* sur lequel les parties exerçaient leurs récusations; pour remplacer les juges éliminés, on procédait à un nouveau tirage (*subsortitio*); à cet effet, le préteur urbain désignait une autre décurie appelée à fournir les nouveaux juges (1).

Cette opinion se trouve de nos jours vivement combattue (2). Ces jurés complémentaires (*subsortiti*) n'assistent souvent qu'aux dernières audiences (3). Or, bien qu'à Rome on n'exige pas d'une manière rigoureuse la présence de tous les jurés, il n'est pas possible que, régulièrement, un certain nombre d'entre eux ne soient désignés qu'après l'ouverture des débats. La *subsortitio* est une procédure exceptionnelle, qui ne se rattache nullement au droit de récusation, à laquelle on ne recourt que dans des cas spéciaux : au cours d'un procès, par exemple, il peut arriver que par suite de certaines circonstances, mort, maladie, incapa-

---

(1) Walter. *op. cit.*, II, § 836.

(2) A. W. Zumpt. *dr. cr.* II, 2, p. 112.

(3) Cic. *p. Clu.* 37, 103. C. Fidiculanius Falcula, qui Oppianicum condemnarat, cum præsertim, id quod fuit in illo judicio invidiosissimum, paucos dies ex subsortitione sedisset.

cité (1), les juges ne se trouvent plus en nombre suffisant; il est alors nécessaire de remplacer les défaillants, et pour cela de procéder à un nouveau tirage (*subsortitio*).

On est ainsi amené à reconnaître que les récusations s'exercent au fur et à mesure que le sort désigne les jurés ; le jury de jugement est définitivement formé à l'instant où il est sorti de l'urne 15 ou 32 jurés, selon les cas, non récusés (2).

Le nombre des récusations, que peuvent exercer les parties, varie selon qu'il s'agit d'un crime de droit commun (3 récusations) ou d'un crime commis par un magistrat (6 récusations) (3). Une difficulté se présente relativement à l'ordre suivi pour cette opération. Le scholiaste Gronovius prétend que c'est l'accusateur qui récuse d'abord, puis l'accusé (4). Cette affirmation semble contredite par Cicéron; cet orateur, en effet, reproche à Verrès d'avoir rejeté des juges vertueux, alors qu'il acceptait un homme tel que M. Lucretius (5). A moins de supposer, ce qui est invraisemblable, que l'accusateur de Verrès ait commis la faute de

---

(1) Cic. *in Verr.* I, 10, 30 ; I, 61, 158. — Cfr. Willmanns. *op. cit.* (rhein. Mus., p. 535).

(2) Cic. *in Verr.*, I, 10, 30 ; *p. Clu.* 27, 74.

(3) Cic. *in Verr.*, II, 31, 77 ; *p. Clu.* 32, 37.

(4) Schol. Gron. *ad Cic. in Verr.*, I, 3, 10. (Orelli, II, p. 389.) In rejectione autem accusator rejiciebat, et sic defensor vel reus.

(5) Cic. *in Verr.* I, 7, 18.

compromettre les intérêts qui lui avaient été confiés par une insulte ainsi lancée à un juge en fonction, on doit conjecturer que M. Lucretius fut récusé par Cicéron lui-même : ainsi, lors du procès de Verrès, qui eut lieu conformément aux dispositions de la loi Cornelia, c'est l'accusé et non pas l'accusateur qui exerce le premier ses récusations.

La *lex Aurelia Cotta* (684 de Rome), qui répartissait le pouvoir judiciaire entre les sénateurs, les tribuns et les chevaliers, conserva la procédure établie par Sylla. Pour chaque procès, le préteur urbain désigne une décurie de chaque ordre, puis on procède au tirage au sort, aux récusations comme par le passé. Le nombre des jurés désignés pour chaque affaire est de 75, — 25 chevaliers, 25 sénateurs, 25 tribuns; — la loi exige qu'il y en ait au minimum 70 qui assistent aux débats (1).

Une loi du tribun Vatinius, (695 de Rome), vint apporter une profonde modification au *jus recusandi*, en accordant à l'accusateur et à l'accusé le droit de rejeter en bloc tout le jury: « *de alternis consiliis rejiciendis* ». Les renseignements incomplets que nous possédons ne nous permettent de

(1) Voir première partie, chap. III, sect. 3, p. 99.

hasarder qu'une simple conjecture sur la nouvelle procédure. En Sicile, les conflits entre les particuliers et les cités étaient tranchés par le Sénat d'une cité voisine : à cet effet, le gouverneur désignait trois cités, chacune des deux parties en récusait une, c'était le Sénat de la troisième cité qui jugeait l'affaire litigieuse (1). Cicéron, qui nous rapporte cette procédure, se sert de termes identiques à ceux qu'il emploie pour dépeindre l'innovation de Vatinius (2). Ne peut-on pas conclure, de cette similitude d'expressions, que l'innovation du tribun Vatinius présentait une certaine analogie avec le système en vigueur en Sicile? Peut-être le préteur urbain désignait-il trois décuries de chaque ordre, l'accusateur et l'accusé en récusaient chacun une: il restait alors une décurie de sénateurs, une décurie de chevaliers et une décurie de tribuns, qui devaient fournir le jury de jugement comme par le passé.

Les lois Pompeia judiciaria (699 de Rome), Julia (708), Antonia (710), qui apportèrent à la composition de la liste générale des modifications plus

---

(1) Cic. *in Verr.*, II, 13, 32. Quod privatus a populo petit aut populus a privato, senatus ex aliqua civitate qui judicet datur, cum *alternæ civitates rejectæ sunt.*

(2) Cic. *in Vat.* II, 27. Et quoniam crebro usurpas lege te *de alternis consiliis rejiciendis.*

ou moins importantes, conservèrent le système du tirage au sort pour la formation du jury de jugement. Quant à la *lex Licinia de sodaliciis* (699), elle établit une procédure spéciale qu'il nous reste à étudier.

La loi Licinia admet trois catégories de juges, sénateurs, chevaliers, tribuns. Les sénateurs sont désignés conformément aux dispositions de la loi du préteur Aurelius Cotta.

Des divergences d'opinions se sont produites entre les auteurs sur la manière dont sont désignés les chevaliers et les tribuns.

Selon Walter (1), l'accusateur, après avoir désigné quatre tribus et subi de la part de l'accusé récusation de l'une d'elles, choisit parmi tous les chevaliers et tous les tribuns appartenant aux trois tribus restantes le nombre de jurés fixé par la loi. — Ce système soulève de sérieuses objections. Il attribue à l'accusateur public un droit jusqu'alors réservé aux seuls magistrats, celui d'appeler un simple citoyen à remplir les fonctions de juge criminel. En outre, quelle injustice criante! C'est l'accusateur qui est ainsi chargé de composer lui-même le tribunal. Pour pouvoir accepter une telle solution, il fau-

(1) Walter, *op. cit.*, II, 836.

drait des textes précis qui heureusement n'existent pas. On a bien invoqué le passage suivant du plaidoyer de Cicéron pour Plancius : « *Nos neque ex delectis judicibus, sed ex omni populo, neque editos ad rejiciendum, sed ab accusatore constitutos judices...* (1) » ; les jurés ont été pris non pas parmi les juges inscrits sur la liste annuelle *(judices delecti)*, mais parmi tous les membres de la tribu *(ex omni populo)*. L'argument repose sur une interprétation inexacte du texte ; l'expression *judices delecti* désigne les jurés formant le jury de jugement et non pas les juges inscrits sur l'*album* du préteur, qui s'appellent *judices selecti* (2). Cicéron, opposant la loi nouvelle aux lois antérieures, critique le rôle prépondérant donné à l'accusateur, mais il ne dit pas un mot des *judices selecti ;* son silence à cet égard semble bien indiquer qu'aucun changement n'a été apporté à la liste annuelle dressée par le préteur urbain.

Aussi croyons-nous devoir repousser ce système également combattu par Gœttling (3), Rudorff (4), Mommsen (5) et Zumpt (6). La liste annuelle,

---

(1) Cic., *p. Plane*, 17, 41.

(2) Mommsen, *de collegiis et sodaliciis*, p. 65. — Cic., *p. Rosc.*, 3, 8 ; *p. Mur.*, 39, 83 ; *in Vat.*, 11, 28 ; *p. Sull.*, 33, 92.

(3) Gœttling, *Gesch. der rœm. Verf.*, § 158 (cité par Walter, *op. cit.*, § 836, note 35).

(4) Rudorff, *Hist.* II, § 103, p. 340.

(5) Mommsen, *op. cit.*, p. 61 et s.

(6) A. W. Zumpt, *dr. cr.*, II, 2, 393 et s.

d'après la loi judiciaire de Pompée 699, comprend autant de chevaliers et de tribuns de chaque tribu ; ce sont ces *judices*, figurant sur l'*album* du préteur comme représentants des trois tribus, qui sont appelés à fournir le jury de jugement. Mais, d'accord sur ce point, ces auteurs diffèrent sur la question de savoir qui désignait les jurés définitifs. Ce droit appartenait, selon Gœttling, au préteur ; selon Rudorff, à l'accusateur ; enfin, Mommsen et A. W. Zumpt pensent que tous les chevaliers et tous les tribuns des trois tribus étaient appelés à participer au jugement.

Section II. — Des débats.

§ 1. — Plaidoiries.

Les opérations relatives à la formation du jury terminées, le héraut annonce que la cause va être entendue. Aussitôt l'accusateur prend la parole pour exposer les motifs qui l'ont amené à poursuivre l'accusé ; il indique en même temps les preuves qu'il compte faire valoir. L'accusé prend ensuite la parole, ou charge son avocat de présenter sa défense.

Les parties devaient renfermer leurs plaidoiries dans un certain espace de temps qui a varié selon les époques. La *lex Julia repetundarum* (695) accordait six heures à l'accusation, neuf heures à la défense (1) ; les lois de Pompée en l'année 702 n'accordaient que deux heures à l'accusation et trois heures à la défense (2). On peut conjecturer qu'il a toujours été donné plus de temps à l'accusé qu'à l'accusateur pour faire valoir ses arguments. Pour mesurer le temps, on recourait à la clepsydre ; dès qu'elle avait laissé échapper sa dernière goutte

(1) Pline. *Epist.* IV, 9, 9. — Cic. *p. Flacc.* 33, 82.

(2) Asc. *in Cic. p. Mil.*, (*Orelli, Schol.* II p. 40). — Cic. *in Verr.* I, 10.

d'eau, le héraut annonçait la fin des plaidoiries par ces mots : « *Dixerunt* ».

§ 2. — Preuves.

On procédait ensuite à l'administration des preuves. « Peut-être, dit M. Faustin-Hélie, la sévérité antique a-t-elle craint les effets de la parole sur un jugement immédiat, et pour prévenir un dangereux entraînement, elle avait placé entre les plaidoiries et le jugement, l'examen grave et froid des témoins et des preuves (1). » Toutefois, on est obligé de reconnaître que cet ordre était assez étrange ; le rôle de l'accusateur et de l'accusé étant de discuter les preuves qui ont déjà été produites. Aussi des modifications ne devaient pas tarder à se produire. Dans le procès de Verrès, Cicéron, qui fournit ses preuves après chaque chef d'accusation, reconnaît que ce n'est pas une pratique absolument nouvelle, « *faciam hoc non novum* (2) ».

En l'année 702, Pompée vint apporter à cette règle une autre dérogation importante, en décidant que les dépositions des témoins seraient reçues avant l'audience, *hors de la présence* des parties,

(1) Faustin-Hélie. *Inst. crim.* I. p. 52 (2e édition).

(2) Cic. *in Verr.* I. 18. 35.

par le président du tribunal assisté de *judices* (1) ; le président rédigeait un procès-verbal au bas duquel les jurés apposaient leur signature. Ceux-ci, ne figurent pas tous au procès, car un des griefs de César contre la *lex Pompeia*, c'est que la cause est jugée par des juges qui n'ont pas entendu les témoins, « *aliis audientibus judicibus, aliis sententiam ferentibus* (2) ». Cependant il ne faut pas aller jusqu'à dire que ceux-ci ne peuvent jamais être appelés à statuer sur le sort de l'accusé ; car César les désigne ainsi que les juges définitifs par la même expression, *judices*. Aussi est-il permis de conjecturer que c'est le président de la quæstio qui choisit lui-même ses assesseurs parmi les *judices selecti*, inscrits sur la liste générale dressée par Pompée ; lors du tirage au sort, quelques-uns d'entre eux peuvent être appelés à faire partie du jury de jugement (3).

I. — *Preuves orales.*

A.) *Testimonia.* — Le témoin est celui qui, sans être soumis à aucun supplice, se présente devant le tribunal à la demande de l'une des parties, pour

(1) Cic. *p. Mil.* 8, 38.
(2) Cæs. *bell. civ.* III, 1.
(3) A. W. Zumpt. *dr. cr.* II. 2, ch. 15.

y exposer les faits qu'il connaît. Pour être témoin, il faut réunir certaines conditions :

1° Etre libre. L'esclave ne comparaît pas devant le tribunal. En outre, la loi n'attache d'effet qu'aux aveux qui ont pu lui être arrachés par la torture ;

2° Ne se trouver dans aucun des cas d'incapacité privés par la loi. Sont incapables : 1°) les femmes à l'origine (1), en effet, ce fut par une faveur toute spéciale que ce droit fut accordé à la Vestale Terratia (2) ; quelques auteurs (3), pensent que cette cause d'incapacité fut abrogée par Sylla, sans toutefois produire à l'appui des preuves bien décisives ; dans tous les cas, il est certain qu'à l'époque du procès de Verrès, les femmes pouvaient être témoins ; 2°) les mineurs de vingt ans (4) ; 3°) les individus qui sont en état d'accusation, *in reatu ;* 4°) ceux qui ont encouru une condamnation infamante (5) ; 5°) la loi défend aux personnes naturellement capables, de déposer dans certaines affaires ; ainsi, le fils ne peut venir témoigner contre son père, ni le père contre son fils, ni l'affranchi

---

(1) Geib. *op. cit.* p. 336. — Escher, *de testum ratione*, p. 37, — Diek, *versuche, ueber das criminalrecht der Rœmer*, p. 87. — Contrà. A. W. Zumpt. *pr. cr.*, p. 256.

(2) Plut. *Popl.* 8.

(3) Diek, *eod. loc.* — Contrà, Escher. *eod. loc.*

(4) Venuleius. L. 20, Dig. *De test.* (XXII. 5).

(5) L. 19. Dig. *eod. tit.*

contre son patron.., (1) ; la loi redoute l'influence de la crainte ou de l'attachement ; 6°) enfin, les juges du procès, le président de la quæstio, l'accusateur ne peuvent se présenter comme témoins (2).

Les témoins sont cités par la partie qui juge leurs dépositions utiles à sa cause ; ceux qui sont requis par l'accusateur sont obligés d'obéir à la citation qu'ils ont reçue (*cogere*, *denuntiare testimonium*), sinon ils encourent une amende (3) ; ceux, au contraire qui sont demandés par l'accusé comparaissent volontairement. Cette inégalité semble étrange à Rome, où le droit de la défense était si respecté ; « mais il faut réfléchir, dit M. Laboulaye, que l'ac- « cusateur seul avait, grâce à la commission du « préteur, une portion du pouvoir public et que ce « pouvoir ne pouvait se communiquer à l'accusé. « Les modernes se tirent de la difficulté par l'ins- « titution d'un ministère public qui représente la « société et agit en son nom... Ce principe ne fut « abandonné que sous l'empire, à l'époque où com- « mença de pénétrer l'idée d'un pouvoir supérieur « chargé de la poursuite et de la répression des « crimes (4). »

---

(1) L. 9. Dig. *eod. tit.*

(2) L. 21, § 1, *eod. tit.* — Cic. *p. Mil.* 16, 44 ; *in Verr.* I, 29. 74; III, 41. — Cfr. Escher, *op. cit.* p. 47.

(3) Cic. *p. Sex. Rosc.* 38 ; *in Verr.* I, 19 ; II 4. 26, 27 ; *p. Flacc*, 15. — Quint. V, 7, 9.

(4) Laboulaye, *op. cit.*, p. 250. — Cfr. Pline. *Epist. VI.* 5.

Les frais de route des témoins de l'accusateur étaient à la charge des provinces. Aussi, pour ménager leurs finances, certaines lois en avaient limité le nombre ; ainsi, d'après la *lex Julia repetundarum*, il ne pouvait y en avoir plus de cent vingt (1); en l'absence de loi, le préteur pouvait, dans la *lex* délivrée à l'accusateur, fixer le nombre des témoins que celui-ci serait autorisé à citer. Aucune restriction de ce genre ne fut apportée au nombre des témoins à décharge qui ne recevaient aucune indemnité.

Avant de déposer, ils jurent de dire toute la vérité « *se nihil falsum dicere* ». C'est là une formalité essentielle dont toutefois sont dispensés les Vestales et le flamine de Jupiter auxquels les lois religieuses interdisent de prêter serment (2). Les dispositions doivent toujours commencer par cette formule dubitative *arbitror*, « *majores voluerunt qui testimonium diceret, ut arbitrari se diceret, quod etiam ipse vidisset.* »

Ce n'est point le président de la quæstio qui dirige l'interrogatoire, c'est à l'accusateur lui-même qu'il appartient d'interroger les témoins ; l'accusé et ses conseils ont le même droit. Accusateurs, ac-

---

(1) Val. Max. VIII, 1, 10.

(2) Aulu-Gelle, X, 16, 31. — Paul Diac. p. 104. — Tit. Liv. XXXI, 50.

cusés, subscriptores, patroni, tous peuvent intervenir dans cette lutte ; aussi, attaqué tantôt avec violence, tantôt avec perfidie, toujours harcelé, le témoin ne peut faire entendre la vérité qu'à ses risques et périls. Un très grand nombre d'auteurs d'une haute autorité, Dupin, Duvergier de Hauranne, Laboulaye pensent qu'à ce point de vue la législation romaine supérieure à la nôtre savait mieux assurer l'égalité complète de l'accusation et de la défense. « Interroger, disait déjà Pierre Ay-« rault, c'est plus advocacer que juger,... car l'in-« terrogatoire pour être bon doit se faire captieu-« sement, y venir tantôt de droit fil, tantôt en biai-« sant, maintenant en colère, maintenant douce-« ment, qui sont toutes actions d'adversaire ou de « sophiste, non de juge ou de magistrat. » Néanmoins on peut se demander si ce système protège suffisamment le témoin contre les attaques des parties intéressées, s'il n'est pas à craindre que celui-ci, pour éviter les récriminations de l'accusateur ou de l'accusé, ne se tienne dans une excessive réserve et omette des faits de nature à éclairer le tribunal. En outre, il est permis de penser que le président, magistrat impartial, est mieux placé pour conserver aux débats la solennité qu'ils doivent toujours avoir, et pour empêcher que les dépositions des témoins ne dégénèrent en violentes altercations indignes de la gravité de la justice.

B.) *Laudationes.* — Après les témoins, viennent les *laudatores*, qui cherchent à émouvoir la pitié du tribunal en rappelant les antécédents de l'accusé. Celui-ci avait le droit de s'adresser à ses juges qui, délégués du peuple romain, avaient, outre l'obligation d'appliquer la loi, le pouvoir de faire grâce. Rien n'était plus facile que d'obtenir de pareils complaisants ; l'usage voulait qu'on se présentât au moins dix : « *Primum in judiciis qui decem laudatores dare non potest, honestius ei nullum dare quam illum quasi-legitimum numerum consuetudinis non explere* » (1). Les *laudatores* présentent une très grande analogie avec les témoins à décharge (2). Sans doute, en théorie, on peut dire que ceux-ci sont appelés à contredire directement certains points de l'accusation, alors que les *laudatores* se contentent de louer la moralité de l'accusé, son courage, de rappeler les services qu'il a rendus ; mais il faut reconnaître qu'il existe entre eux de nombreux points de contact : tous deux comparaissent à la demande de l'accusé, tous deux cherchent à obtenir son acquittement. Aussi n'est-il pas possible de tracer une ligne de démarcation bien nette, et dans certains

(1) Cic. *in Verr.* V. 22, 57.
(2) Cic. p. *Ftacc.* 15, 36 ; p. *Font.* 14, 32.

cas la différence est très difficile à saisir. Ainsi en l'année 702, Pompée qui, pour abréger la procédure, avait supprimé les *laudationes* vient faire lui-même dans le procès de T. Munatius Plancus une déposition que Caton ne voulut pas écouter, prétextant qu'on ne devait pas ouïr recommander un coupable alors que la loi le défendait (1).

C.) *Quæstiones*. — Le troisième genre de preuves orales consistait dans les aveux arrachés à l'esclave. « Les Romains, dit M. Esmein, n'admettaient « pas que l'esclave pût être un témoin.... cepen- « dant ils jouaient un grand rôle dans la société « romaine ; en fait ils étaient les témoins de bien « des actes ; refuser de les entendre, c'eût été priver « la justice de puissants moyens d'investigation. « Aussi avait-on permis dans ce cas de les enten- « dre ; mais alors même apparaissait le mépris « profond qu'avait pour eux la société antique. « Chez les Romains comme chez les Grecs, jamais « on n'entend un esclave dans un procès sans le « soumettre à la torture ; seul l'homme libre dira « la vérité sous la foi sainte du serment ; l'esclave, « qui n'a ni dieux, ni patrie ne peut la révéler que « sous l'action de la douleur » (2).

---

(1) Dio Cass. XL, 55. — Plut. *Pomp.* 55 et *Cat.* 48.
(2) Esmein. *Le délit d'adultère à Rome*, p. 56.

Le supplice est subi hors la présence des jurés. Un magistrat « *quæsitor* », entouré de son conseil, assiste à l'interrogatoire dirigé par l'accusateur et l'accusé, puis rédige, pour le transmettre au tribunal, un procès-verbal constatant les déclarations que le patient a pu faire (1).

L'esclave étant une chose, *res mancipi*, pouvant faire l'objet d'un droit de propriété, nul ne peut s'en servir sans le consentement de celui auquel il appartient ; de cette idée se déduisent les conséquences suivantes :

a). Le maître, qu'il soit ou non impliqué dans un procès, peut toujours autoriser son esclave, l'obliger même à déposer (2) ;

b). Nul ne peut soumettre un esclave à la torture sans le consentement de son maître. Ainsi S. Roscius accusé de parricide se voit dans l'impossibilité d'invoquer le témoignage des esclaves de son père qui ont été vendus et dont un grand nombre ont été rachetés par l'accusateur lui-même. « *Rem mi-* « *seram et calamitosam, quod in tali crimine, quod* « *innocenti saluti, solet esse, ut servos in quæstio-* « *nem polliceatur, id Sex. Roscio facere non licet.* « *Vos qui hunc accusatis omnes ejus servos habe-* « *tis.* »

---

(1) Cic. *p. Mil.* 22 ; *p. Sull.* 28 ; *p. Cluent.* 65, 66.
(2) Cic. *p. Sex. Rosc.* 28 77 — Tac. *Ann.* III, 14.

c). L'esclave ne peut jamais être contraint à déposer contre son maître (1) ; toutefois il est fait échec à ce principe en cas d'inceste religieux ou en cas de crimes politiques pouvant compromettre la sécurité de l'Etat, « *qui cum in dominum* « *de servis quæri noluissent, de incestu tamen et* « *conjuratione quæ facta me consule est, quæren-* « *dum putaverunt* » (2).

II. — Preuves écrites.

Elles consistent principalement dans ces *codices expensi et accepti*, sur lesquels les citoyens romains inscrivaient leurs recettes et leurs dépenses. On attachait une très grande autorité à ces documents qui, n'ayant pu être préparés en vue du procès, offraient de sérieuses garanties d'exactitude et de sincérité. « Montrez, dit Cicéron, un seul achat porté sur votre livre ou sur celui de votre père et je vous donnerai gain de cause (3). »

Grâce aux pouvoirs que lui avait conférés la *lex* du préteur, l'accusateur pouvait faire des perquisitions chez tous les citoyens et s'emparer de tous les documents utiles à la cause. Pour em-

(1) Tac. *Ann.* II, 30 ; III, 67 — Cic. *p. Mil.* 22, 59.
(2) Cic. *orat. part.* 34, 118.
(3) Cic. *in Verr.* I. 23.

pècher tout détournement, ces papiers étaient clos, scellés en présence de témoins, et présentés en cet état au tribunal (1). En principe l'accusateur pouvait saisir même les actes publics ; toutefois certains registres, tels que ceux des publicains, ne pouvant être déplacés sans de sérieux inconvénients, on se contentait d'en prendre une copie dont l'exactitude devait être attestée par un certain nombre de témoins (2).

Quelquefois les parties, au lieu de faire comparaître un témoin, se contentaient de sa déposition écrite et contresignée par sept citoyens qui affirmaient ainsi la véracité de la déclaration. Mais les juges et les avocats ne faisaient pas grand cas de ces témoignages, cette non-comparution semblant indiquer la crainte d'un débat contradictoire. Le peu d'importance qu'on attachait à ce genre de preuve explique comment l'accusateur ne pouvait obliger un témoin à rédiger un tel écrit, alors qu'il avait le droit de le contraindre à quitter sa province pour venir déposer au Forum devant la quæstio (3).

---

(1) Cic. *p. Flacc.* 9.

(2) Cic. *in Verr.* II, 189.

(3) Quint. v. 7. Testimonia dicuntur aut per tabulas, aut a præsentibus. Simplicior contra tabulas pugna. Nam et minus obstitisse videtur pudor inter paucos signatores et pro diffidentia premitur absentia... Tacita præterea cogitatio quædam refragatur his omnibus quod nemo per tabulas dat testimonium nisi sua voluntate.

§ 3. — Ampliatio. Comperendinatio.

A la suite de cette première action, les jurés ne sont pas toujours suffisamment éclairés ; lors de l'administration des preuves notamment, il se produit souvent des incidents, qui jettent sur l'affaire un jour tout nouveau et nécessitent la réouverture des débats ; de là l'*ampliatio* et la *comperendinatio* « qui viennent corriger dans une certaine mesure « les inconvénients de ce système bizarre, qui place « les plaidoiries avant les preuves, et oblige ainsi « les parties à discourir sur des données incer- « taines. »

I. — Ampliatio.

Les fragments de la loi Acilia nous fournissent des renseignements assez complets sur la procédure de l'*ampliatio*. Une fois la clôture des débats prononcée par le *præco*, il y a un premier vote sur le point de savoir s'il faut passer au jugement définitif sur le fonds de l'affaire. Si un tiers des jurés plus un déclare « *sibi non liquere*, » on procède à

(1) Lex Acilia, lign. LXIX (Corp. Insc. Lat., I, n° 198). *De* reis quomodo judicetur. Ubi duæ partes judicum quei aderunt... qui judicare negarint semovean*(tur)*.

une nouvelle instance. Au jour fixé pour cette seconde action, l'accusateur et l'accusé recommencent leurs plaidoiries, au cours desquelles ils peuvent faire valoir d'autres moyens; on entend ensuite les témoins. Cette nouvelle instance peut être suivie de plusieurs autres, qui se succèdent ainsi aussi longtemps qu'un tiers des jurés plus un continue à déclarer *sibi non liquere*. Dans le procès d'Aurelius Cotta, accusé d'exactions, il y eut jusqu'à sept *ampliationes* consécutives (1).

Dès que les deux tiers des jurés reconnaissent être suffisamment éclairés, on procède au jugement définitif, auquel ne peut participer la minorité qui a persisté à réclamer un supplément d'information. Rien n'est plus logique; on ne peut admettre un juge à venir formuler son opinion alors qu'il vient de déclarer qu'il ne connaît pas l'affaire d'une manière précise.

Le vote sur cette question préalable « *sibi aut non sibi liquere* » devait être oral; autrement il eût été impossible de connaître ceux qui avaient demandé un nouvel ajournement. Les expressions mêmes de la loi Acilia semblent bien l'indiquer, « *quei judicare negarint semoveantur.* »

Il est permis de présumer que les lois postérieures, qui ont admis l'*ampliatio*, n'ont apporté aucun

---

(1) Val. Max. VIII. I, II — Auct. ad Herenn. IV, 31, 48.

changement au système de la loi Acilia, qui elle-même n'a fait que conserver la procédure antérieurement suivie (1).

Toutefois ces conjectures se trouvent en contradiction avec un passage du Pseudo-Asconius, d'après lequel les jurés, après avoir reçu trois tablettes, sur chacune desquelles se trouve une des lettres A = *absolvo*, C = *condemno*, NL = *non liquet*, se lèvent et viennent déposer dans l'urne une de ces trois tablettes (2). Ainsi d'après le Scholiaste, il n'y aurait qu'un seul scrutin secret pour résoudre les trois questions suivantes : faut-il condamner, faut-il absoudre, faut-il recourir à une nouvelle instance ? Cette explication ne saurait être acceptée : en effet la loi défend aux jurés *quei judicare negarint*, de statuer..., sur quoi ? évidemment sur le sort de l'accusé ; ce qui démontre clairement que la question de la culpabilité ou de la non-culpabilité fait l'objet d'un deuxième vote, spécial, indépendant du premier (3).

---

(1) Arg. Cicéron, après avoir constaté que dans le procès de Cluentius (*p. Clu.* 28, 73), 10 jurés sur 32 avaient déclaré NL, ajoute que s'il y en avait eu un de plus pour réclamer une nouvelle instance on aurait recouru à l'ampliatio.

(2) Pseud. Asc. *in Div.* (Orelli, Schol. II, p. 108). Judices in cistam tabulas simul conjiciebant suas easque inscriptas litteras A, absolutionis, C, condemnationis, cum de capite alicujus agebatur, N et L, ampliationis ; his enim litteris significabant non liquere.

(3) Sic A. W. Zumpt. *pr. cr.* p. 358 ; *dr. cr.* II, 1, p. 152.

II. — Comperendinatio.

L'*ampliatio*, grâce à laquelle une minorité peut prolonger indéfiniment les débats, donna lieu à des abus qui éveillèrent l'attention du législateur.

Certains auteurs pensent que le tribun Acilius avait déjà apporté un premier remède à la situation, en décidant que les jurés ne pourraient plus réclamer qu'une ou deux *ampliationes*. Toutefois le préteur-président devait se conformer à la décision du jury qui, au mépris de la prohibition de la loi, réclamait un plus grand nombre de fois la réouverture des débats ; la seule sanction consistait dans une amende prononcée contre les contrevenants (1). Mais ce ne sont là que de simples conjectures ; les fragments de la loi Acilia sont en cet endroit tellement tronqués que tout essai de reconstitution ne peut aboutir à aucun résultat certain (2) ; nous n'en voulons pour preuve que

---

(1) Mommsen. (Corp. Insc. Lat. I, p. 65.) — Rudorff. *Ad leg. Ac.* p. 447.

(2) *Lex. Ac.* (Corp. Insc. Lat. I, nº 198).

Ligne XLVI... nsiliumquomodo eant.

Ligne XLVII... ur... re deixerit prætor ex h. l. quæret ita pronon?...

Ligne XLIII, dicare?... is Hs n. CCI ↀↃ quotiens quomque bis in uno ju...

les contradictions entre les différents auteurs qui ont cherché à combler les lacunes. D'ailleurs ce système hypothétique prête à la critique ; pour remédier aux inconvénients de l'*ampliatio*, Acilius pouvait ordonner qu'immédiatement après la deuxième ou troisième action aurait lieu le jugement définitif, sans recourir à un moyen aussi détourné.

Quoi qu'il en soit, Servilius Glaucia supprima l'*ampliatio* qu'il remplaça par la *comperendinatio* : « *Servilius Glaucia primus tulit ut comperendinaretur* (1) ». Cependant les dépositions des témoins pouvaient révéler des faits nouveaux sur lesquels les parties devaient avoir le droit de s'expliquer. Aussi d'après la nouvelle procédure, après les plaidoiries et les preuves, on procède *toujours*, avant de passer au jugement, à une seconde action (*altera actio*), identique en tout point à la première, et séparée de celle-ci par un jour franc d'intervalle (2). — Cependant tel n'est pas l'avis du Pseudo-Asconius qui prétend que, dans cette nouvelle instance, l'accusé parlait le premier, et l'ac-

---

(1) Cic. *in Verr.* I, 9.

(2) Contra, Klenze (*op. cit.* p. 64). qui attribue à la loi Servilia Glaucia les fragments de la loi Acilia, aboutit à cette conséquence erronée que la *comperendinatio* n'a lieu qu'autant que la majorité du jury réclame une nouvelle instance.

cusateur le second, de telle sorte que la double défense de l'accusé était intercalée entre les deux plaidoiries de l'accusateur : « *Defensionem tanquam duplicem in medio positam obruit ultimus accusator* (1) ». Cette opinion adoptée par Sigonius (2) et victorieusement combattue par Ferratius, se trouve de nos jours complétement abandonnée (3). Une telle procédure en effet est contraire à ce principe, admis par toutes les législations criminelles, et notamment par le droit criminel romain, que le dernier mot doit toujours rester à l'accusé. Cicéron d'ailleurs constate que dans les procès de Fonteius et de Verrès, l'accusé ne prit la parole qu'après l'accusateur (4), et ce témoignage doit avoir pour nous plus d'autorité que celui du Pseudo-Asconius, dont les renseignements sont souvent peu exacts, et qui dans l'espèce ne fait que mal interpréter un passage du grand orateur (5).

---

(1) Ps. Asc. *in Verr.* (Orelli, Schol. II, p. 163.)

(2) Sigon. *de jud.* II, 20 et 22.

(3) Ferrat. *Epist.* I, 9, p. 36. — Rudorff. *Hist.* II, § 132, p. 440, note 25. — Walter. *op. cit.* II, p. 519, note 42.

(4) Cic. *in Verr.* I, 28.

(5) Cic. *in Verr.* I, 9, 26.

Section III. — Jugement.

§ I. — Vote.

A l'époque de la loi Acilia, les jurés formulent leur opinion par écrit. Mais il n'en a peut-être pas toujours été ainsi. Ce fut le Sénat qui, par une délibération prise spontanément créa la première quæstio, en décidant qu'à l'avenir les réclamations des habitants des provinces seraient examinées par une commission composée de sénateurs. Il est permis de supposer que ceux-ci ont accepté les usages, le règlement du Sénat dont ils faisaient partie ; or, dans cette assemblée le vote était toujours oral. Avec Gracchus, les *quæstiones perpetuæ* subissent une transformation radicale et deviennent une institution spécialement dirigée contre l'ordre gouvernant. Pour empêcher les patriciens de surveiller les suffrages des chevaliers, et pour soustraire ceux-ci à toute influence extérieure, C. Gracchus a dû admettre le vote secret, *per tabulas*, qu'une loi du tribun Cassius (616 de Rome) avait déjà introduit pour le jugement des crimes de la compétence des comices (1). Ce dernier mode

(1) Cfr. Walter. *op. cit.* I, § 125, note 114.

fut conservé depuis presque sans interruption. Sans doute Sylla, désireux de ressusciter les anciens usages, permit aux personnes accusées d'un crime de droit commun de réclamer le vote oral ; dans ce cas le sort devait déterminer l'ordre dans lequel les jurés seraient appelés à donner leur voix (1) ; mais cette exception fut abrogée dès l'année 684 par le préteur Aurelius Cotta.

Les jurés après avoir reçu une tablette, *sors*, *sorticula*, aux deux extrémités de laquelle se trouvent gravées en cire les lettres A = *absolvo*, C = *condemno*, effacent soit A soit C, selon qu'ils veulent condamner ou absoudre ; dans le cas où ils sont dans le doute, ils rayent les deux lettres, ils sont alors déclarés *sine suffragio*, *S. S.* Chaque juré s'avance ensuite, le bras nu, couvrant de ses doigts la tablette qu'il vient déposer dans l'urne (*sitella*) placée devant le préteur (2).

Une loi du tribun Fufius Calenus (693 de Rome) décida qu'à l'avenir chacune des trois catégories de juges, sénateurs, chevaliers, tribuns du trésor, voterait à part dans une urne spéciale (3). Selon Walter (4), la loi Aurelia (684 de Rome),

---

(1) Cic. *p. Cluent.* 27, 75.
(2) Loi Acilia, lign. L, et s. s. (Corp. Insc. Lat. I, nº 198).
(3) Dio. Cass. XXXVIII, 8.
(4) Walter. *op. cit.* § 852. — Loi Acilia, lign. L. et s. s. (Corp. Insc. Lat. I, nº 198.)

qui la première inaugura cette division tripartite du pouvoir judiciaire, contenait déjà une disposition analogue ; mais ce n'est là qu'une simple conjecture. D'ailleurs l'innovation n'avait pas une très grande portée, car le vote a toujours lieu par tête, et non pas par ordre ; c'est le nombre total des votes individuels et non le vote de chaque décurie qui décide du sort de l'accusé.

On procède ensuite au dépouillement du scrutin. A cet effet, un juré désigné par le sort retire une à une chacune des tablettes et annonce à haute voix son contenu par ces mots, *absolvo*, *condemno*, *sine suffragio ;* après avoir lu l'inscription, il passe cette tablette au juré qui se trouve le plus près de lui ; celui-ci après avoir vérifié, la donne à un autre et ainsi de suite (1).

§ 2. — Majorité requise.

Une législation peut exiger pour la déclaration de culpabilité, soit la simple majorité relative, soit la majorité absolue, soit l'unanimité des suffrages exprimés. Les Romains ont successivement adopté les deux premiers systèmes.

Deux hypothèses sont à prévoir :

A.) Il n'y a pas de bulletins *sine suffragio*. —

---

(1) *Lex Acilia*, lignes 53 et 54 (Corp. Insc. Lat. I, nº 198.)

Aucune difficulté ne peut se présenter. L'accusé est acquitté ou condamné selon qu'il y a plus de bulletins d'absolution ou de condamnation. Le partage égal des voix entraîne l'acquittement.

B.) Il y a des bulletins *sine suffragio*. — Malgré un passage de la loi Acilia, des divergences d'opinions se sont produites entre les auteurs.

a) D'après un premier système (1), on devrait faire abstraction des bulletins *sine suffragio ;* l'accusé serait condamné quand les tablettes portant la lettre C seraient plus nombreuses que celles portant la lettre A.

b) D'après un deuxième (2), l'accusé ne peut être condamné que si le nombre des bulletins de condamnation est supérieur à celui des bulletins d'absolution et des bulletins *sine suffragio* réunis ; pour être prononcée, la condamnation doit avoir été réclamée par la majorité absolue des jurés qui ont pris part au jugement.

Ces deux systèmes prêtent à la critique. Les jurés qui ont déclaré « *sibi non liquere* » ayant été au préalable éliminés, il est peu naturel de ne pas tenir compte de tous les suffrages exprimés. — D'ailleurs, le superlatif *plurimæ* indique une comparaison entre plus de deux termes (3) ; or, dans

---

(1) Rudorff, *ad. leg. Ac.*, p. 489.
(2) Cfr. Mommsen (Corp. Insc. Lat. I, nº 198, p. 61).
(3) *Lex Acil.*, lign. 55... *ibei plurimæ erunt condemno.*

le premier système, on ne s'occupe que des tablettes A et C; le deuxième établit une comparaison entre deux termes seulement, entre les bulletins portant condamnation d'une part, et de l'autre les bulletins *sine suffragio* et d'absolution réunis.

c) Une troisième hypothèse présentée par A. W. Zumpt (1) nous semble préférable. Après avoir fait remarquer que les jurés peuvent s'arrêter à trois partis, — condamner, absoudre, se déclarer *sine suffragio*, — le savant romaniste ajoute que l'opinion ayant réuni le plus de suffrages doit prévaloir, et qu'en cas de partage la solution la plus favorable doit toujours être acquise à l'accusé.

Trois hypothèses sont à prévoir : La majorité relative peut se prononcer, soit pour l'acquittement, soit pour la condamnation; dans ces deux cas, aucune difficulté ne se présente. Mais qu'arrivera-t-il si les bulletins *sine suffragio* sont les plus nombreux ? Nous n'avons aucun renseignement précis à cet égard. Nous savons que devant les comices une accusation pouvait, dans certains cas, ne pas aboutir (2). Il est permis de supposer qu'il en était de même devant le jury : aucune condamnation ne pouvait être prononcée contre l'accusé qui était même relevé des incapa-

(1) A. W. Zumpt. *dr. cr.* II, 1, p. 155.
(2) Tit. Liv. XLII, 22.

cités dont il était frappé ; mais aucun jugement n'étant intervenu, il pouvait être de nouveau traduit devant le jury pour le même fait sans être fondé à opposer devant le magistrat la règle « *non bis in idem* ». Cette conjecture semble trouver sa confirmation dans un passage de la loi Acilia qui n'accorde l'exception *rei judicatæ* qu'aux personnes condamnées ou acquittées (1) ; si tout procès devait nécessairement aboutir soit à une condamnation, soit à un acquittement, le tribun Acilius eût probablement employé une expression plus générale « *queive ex hac lege judicatus erit* ».

Toutefois, cette règle a dû être modifiée par Sylla. A partir de cette époque, nous connaissons un certain nombre de procès d'une manière assez complète. Plutarque, Cicéron, Valère-Maxime, qui nous fournissent ces renseignements, constatent toujours que tant de voix se sont prononcées contre l'accusé, tant d'autres en sa faveur, mais ils ne parlent jamais de bulletins *sine suffragio ;* à moins de supposer que dans tous ces procès il ne s'est jamais rencontré de jurés hésitants, incertains —

(1) Lex. Ac. LVI (Corps. Insc. Lat. I, nº 198) *Quei ex. h. l. condemnatus*) aut apsolutus erit, quom ex h. l. nisei quod postea fecerit aut nisei quod prævaricationis caussa factum erit *aut nisei de litibus*) æstumandis aut nisei de sanctioni hoiusce legis actio nei es (*to*)...

ce qui n'est guère vraisemblable — on est obligé de reconnaître que ces bulletins comptent soit pour la condamnation, soit pour l'acquittement. Cette dernière hypothèse est la seule rationnelle. D'ailleurs Plutarque, après avoir constaté que dans l'affaire de Clodius (693 de Rome) la plupart des jurés s'étaient déclarés *sine suffragio*, rapporte un peu plus loin que l'accusé fut acquitté par 31 voix contre 25 (1). Cette apparente contradiction s'explique aisément si on suppose que les bulletins nuls sont comptés comme favorables à l'accusé.

§ 3. Sentence.

Le dépouillement du scrutin terminé, le président proclame à haute voix le résultat définitif du vote, et prononce la formule sacramentelle *videtur fecisse* ou *non videtur fecisse*, selon que la majorité des jurés a opiné *pour* ou *contre* l'accusé. En cas de verdict de culpabilité, il se dépouille de sa toge prétexte, comme pour annoncer qu'il va accomplir un pénible devoir ; puis il prononce la peine édictée par la loi.

---

(1) Plut. *Cæs.* 10. *Cic.* 25.

CHAPITRE III.

DE LA PROCÉDURE APRÈS LE JUGEMENT.

Le verdict du jury et la sentence du *judex quæstionis* pouvaient, dans certains cas, constituer la dernière phase de la procédure, mais il en était rarement ainsi. Le plus souvent, que l'accusé fût déclaré innocent ou coupable, il restait à résoudre certaines questions qui n'avaient pas encore été examinées.

A Rome, les peines ne comportent ni maximum, ni minimum, n'admettent ni atténuation, ni aggravation. Néanmoins, il en est une qui, bien que fixe de sa nature, se proportionne à l'importance du délit. Aux magistrats concussionnaires, aux citoyens convaincus de vols de deniers publics, la loi inflige une amende égale au double, au quadruple selon les cas, des sommes qu'ils se sont injustement appropriées. Dans ces différentes hypothèses, la déclaration du jury affirmant la culpabilité des accusés n'est pas suffisante; il faut déterminer d'une manière précise le montant des vols, des exactions *(litis æstimatio)*.

Le citoyen, qui a obtenu le droit de poursuivre la répression d'un crime a accepté un mandat dont

on doit naturellement pouvoir lui demander compte. La condamnation de l'accusé démontre qu'il a fait preuve d'une diligence suffisante, puisqu'il a atteint le but voulu ; d'autre part, le respect dû à l'autorité de la chose jugée ne permet pas qu'on puisse rechercher s'il a agi par haine, cupidité, etc... ; sa responsabilité est donc entièrement à couvert. Mais en cas d'acquittement, on peut lui reprocher, ou bien d'avoir sciemment soutenu une accusation injuste, d'avoir calomnié, ou bien de s'être montré négligent, de s'être entendu avec l'accusé et d'avoir dissimulé les preuves les plus décisives, ou même d'avoir abandonné le procès. Il se trouve ainsi exposé à une triple action : » *Accusatorum temeritas tribus modis detegitur et tribus pœnis subjicitur ; aut enim calumniantur, aut prævaricantur, aut tergiversantur. Calumniari est falsa crimina intendere ; prævaricari vera crimina abscondere ; tergiversari in unum ab accusatione desistere.* »

§ 1. — **Litis æstimatio.**

Le chiffre de l'amende est fixé par le préteur, sur l'avis de son conseil (2). Ce conseil (*consilium*)

(1) L. 1, pr. et § 1. Dig. *Ad Sct. Turpillianum* (XLVIII, 16).

(2) Lex Acilia, ligne 57. Quei ex h*(ace)* l*(ege)* condemnatus erit, q*(uæstori)* prædes facito, det de consili majoris partis sententia, quanti eis censuer*(int)*.....

se compose vraisemblablement de jurés ayant assisté aux débats. Cette conjecture, que semble justifier un passage de Cicéron (1), s'explique naturellement. Quand le Sénat, en vertu de son droit de contrôle, était appelé à juger les réclamations des habitants des provinces, il examinait l'affaire d'une manière sommaire et, après avoir simplement reconnu le bien fondé de la plainte, il renvoyait les parties devant une commission chargée de fixer le montant des dommages-intérêts (2). A l'époque des *quæstiones perpetuæ*, le jury représente le Sénat ; or, de même que la commission instituée par le Sénat, pour évaluer le montant des dommages-intérêts, se composait de sénateurs ayant statué sur le point de savoir s'il y avait lieu de faire droit aux réclamations des habitants des provinces, de même les assesseurs du préteur chargés de fixer la *litis æstimatio* doivent avoir fait partie du jury de jugement. Toutefois, il ne faut pas croire que ce *consilium prætoris* n'est autre chose que le jury qui a statué sur le sort de l'accusé. La question n'est plus de savoir si oui ou non l'accusé est coupable, il ne reste plus qu'à déterminer le taux de l'amende. Il est dès lors naturel d'exclure les jurés qui ont voté pour l'acquittement ou qui se

(1) Cic. *in Verr.*, Act. I, 13, 38.
(2) Voir page 9.

sont déclarés *sine suffragio*. Ceux-ci, en effet, ne pourraient faire qu'une chose, soutenir que l'individu condamné ne doit aucune réparation, ce qui serait contraire au principe de l'autorité de la chose jugée. Sans doute, le vote étant secret, il est difficile de les connaître : mais le préteur qui a dirigé les débats est à même de savoir, dans la mesure du possible, quels sont ceux qui se sont prononcés pour ou contre l'accusé ; c'est donc à lui que la loi doit confier le soin de former ce *consilium* qui comprendra tous les jurés présumés avoir voté pour la condamnation (1).

Afin d'empêcher que le coupable ne profite des lenteurs de la procédure pour vendre ses biens et rendre ainsi tout recours illusoire, le préteur, sur l'avis de son conseil, fixe une somme approximative. L'accusé doit ou verser cette somme au Trésor, ou donner caution ; sinon ses biens sont mis sous séquestre (2).

Le tribunal peut désormais se donner le temps nécessaire pour fixer, d'une manière aussi équitable que possible, le montant des dommages-intérêts. A cet effet, il entend les réclamations des

(1) D'ailleurs, en droit romain, l'expression *consilium* désigne les citoyens dont les magistrats avaient l'habitude de s'entourer pour s'éclairer de leurs conseils. — Cic. *de or.* I, 37 ; *in Verr.*, II, 29, V, 21.

(2) Tit. Liv. XXXVIII, 60. — Rudorff, *ad leg. Ac.*, p. 494, va jusqu'à prétendre que dans ce cas la loi prononçait la confiscation.

victimes, consulte leurs registres tout en se tenant en garde contre l'exagération de leurs plaintes : c'est ainsi que, lors du procès de Verrès, les Siciliens, qui avaient réclamé cent millions de sesterces, n'obtinrent que trois millions (1).

Quand la loi prononce une amende au double ou au quadruple, une moitié seulement est attribuée à la victime, l'autre revient à l'État ; en conséquence si, pour une cause quelconque, personne, lors de la *litis æstimatio*, ne se présente pour réclamer la réparation pécuniaire du préjudice causé par l'acte délictueux, le coupable n'est condamné qu'à payer la part appartenant à l'État. Tel fut le cas de A. Gabinius poursuivi en l'année 700 de Rome pour avoir reçu de l'argent du roi Ptolémée ; celui-ci n'étant pas intervenu au procès, Gabinius remboursa simplement à l'État les sommes qu'il avait indûment acceptées (2).

Il se peut que le condamné soit en partie insolvable ; il faut, dans ce cas, procéder à une répartition proportionnelle *(tributus)*. A cet effet, dans les dix jours qui suivent la *bonorum venditio*, le préteur fixe un jour où les parties intéressées devront se réunir. On détermine alors la part qui revient à cha-

---

(1) Cic. *div.* 5, 19, — Plut. *Cic.* 8.
(2) Cic. *p. C. Rab.* 11, 30 ; 8, 24.

cun et qui devra être payée par le questeur. Toute somme non réclamée dans le délai de cinq ans est acquise au Trésor (1).

§ 2. — Calumnia

Le calomniateur est celui qui soutient une accusation contre une personne qu'il sait être innocente, « calumniosus est qui *sciens prudensque* per « fraudem negotium alicui comparat (2) ». La mauvaise foi est une condition essentielle de l'existence de ce délit, « *calumnia in affectu est* (3) ». Le coupable tombe sous le coup d'une loi Remmia antérieure à Sylla, et encore en vigueur à l'époque des jurisconsultes Papinien et Marcien (4).

La plupart des auteurs (5), s'appuyant sur un passage du plaidoyer de Cicéron pour S. Roscius, prétendent que cette loi condamnait les calomniateurs à être marqués sur le front à l'aide d'un fer rouge de la lettre K (6). Cette opinion soulève de

---

(1) Mommsen (Corp. Insc. Lat. I, nº 198, p. 68). — Rudorff. *ad leg. Ac.*, p. 503.

(2) Paul, *Sent.* I. 5, 1.

(3) Gaïus IV, 178.

(4) Marcien. L. 1, § 2. Dig, *ad Sct. Turp.* (XLVIII, 16). — Papinien. L. 13 Dig. *de test.* (XXII, 5).

(5) Rein *op. cit.* p. 809. — Rudorff. *Hist.* II, § 138, p. 459.

(6) Cic. *p. Rosc*, 20, 57 — Si ego hos bene novi, litteram illam, cui vos usque eo inimici estis, ut etiam Kalendas omnes oderitis, ità vehementer ad caput affigent, ut postea neminem alium nisi fortunas vestras accusare possitis.

sérieuses objections. Comment admettre que le jury, qui ne peut prononcer que l'*interdictio aquæ et igni* contre les individus reconnus coupables des crimes les plus atroces, puisse infliger un châtiment corporel si humiliant à un citoyen jusque là honorable, et ayant cédé à des considérations politiques, ou agi sous l'empire de la passion? Le texte invoqué n'est nullement décisif. A l'époque de Trajan cette peine était certainement remplacée par la déportation et la confiscation; néanmoins Pline le Jeune, louant l'empereur d'avoir châtié de méchants accusateurs, se sert d'expressions analogues à celles de Cicéron (1); de même l'empereur Julien, répondant à ses calomniateurs, dit qu'il forme des vœux pour que les dieux leur accordent la lettre K qu'ils semblent tant désirer (2). On écarte bien l'autorité de Pline et de Julien, pourquoi voudrait-on ajouter une foi aveugle aux expressions de Cicéron? D'ailleurs il est très possible que dans les premiers siècles de la République, alors qu'on précipitait les faux témoins du haut de la Roche Tarpéienne, on marquât ainsi les calomiateurs; mais ce châtiment n'était certainement plus en rapport avec la modération des peines à l'époque des *quæstiones*

(1) Pline, *pan.* 35... neque, ut antea exanguem illam et ferream frontem, nequidquam convulnerandam præbeant punctis et notas suas rieeant.

(2) Julien, Misopogon, p. 360. Spanh.

perpetuæ. Quelle était donc la sanction? Le coupable n'était pas condamné au bannissement, il n'était pas même noté d'infamie (1); il était simplement déclaré incapable de se porter accusateur public, « *ut postea neminem alium nisi fortunas vestras accusare possitis* (2). » A partir de Sylla, la calomnie peut, dans certains cas, être considérée comme un attentat indirect à la vie de l'accusé et tomber sous le coup de la *lex Cornelia de sicariis et veneficiis* (3).

Le jugement est confié au président de la quæstio assisté d'un certain nombre d'assesseurs, qu'il choisit librement parmi les *judices* qui ont statué sur l'affaire principale, et qui peut-être n'ont que voix consultative; il élimine probablement tous les jurés qu'il suppose avoir voté pour la condamnation de l'accusé et qui naturellement ne pourraient que renvoyer l'accusateur des fins de la poursuite. Aussi Ulpien distingue-t-il nettement le cas d'un citoyen condamné *calumniæ causa* et le cas d'un individu condamné par un tribunal criminel « *si qua calumnia judicio damnata sit ex causa publici judicii..... publico judicio damnata esse non videtur*. (4). »

---

(1) Il peut être témoin. Papinien. L. 13 Dig. *De test.* (XXII, 5).
(2) Cic. *p. Rosc.* 20, 57.
(3) Cfr. A.W. Zumpt *pr. cr.* p. 375 et s.
(4) L. 43 § 11. Dig. *de rit. nupt.* (XXIII, 2.) — Cfr. L. 4. Dig. *de acc. et inscript.* (XLVIII 2).

§ 3. — Prævaricatio.

Le plus souvent l'acquittement intervient malgré les efforts de l'accusateur qui met tout en œuvre pour obtenir un verdict de culpabilité. On doit néanmoins prévoir le cas où, trahissant la mission qu'il avait lui-même sollicitée, il se concerte avec l'accusé pour dissimuler les charges les plus accablantes ou pour ne pas relever l'invraisemblance des arguments invoqués par la défense: « *Prævaricatorem eum esse ostendimus,* « *qui colludit cum reo, et translaticie munere ac-* « *cusandi defungitur eo quod proprias quidem pro-* « *bationes dissimularet, falsas vero excusationes* « *admitteret* (1) ». Il y a là une fraude qui empêche le jugement de produire ses effets normaux. Les actes de l'accusateur ne peuvent être opposés à la société représentée par un mandataire infidèle; l'accusé complice de ces manœuvres dolosives ne doit pas avoir le droit de se prévaloir d'un jugement rendu dans de telles conditions. Si donc, poursuivi de nouveau à raison du même fait, il veut se prévaloir de l'exception *rei judicatæ*, le nouvel accusateur peut paralyser ce moyen de défense

(1) Marcien. L. 1, § 6. Dig. *ad Sct. Turp.* (XLVII 16).

par une réplique basée sur la collusion frauduleuse de l'accusé et de l'accusateur primitif (*prævaricatio*).

C'est au président de la *quæstio* compétente pour juger les faits incriminés qu'est confié le soin de décider s'il y a eu oui ou non prévarication. Il doit statuer d'après l'avis de son conseil (*consilium*), composé de tous les jurés qui ont pris part au premier jugement. Si ceux-ci déclarent que l'accusateur a fidèlement rempli son devoir, le *judex quæstionis* arrête immédiatement le nouveau procès; s'ils reconnaissent, au contraire, qu'il y a eu prévarication, le *judex quæstionis* accepte la demande et met l'affaire au rôle. — Dans ce cas, l'accusateur public reconnu coupable de dol est désormais privé du *jus accusandi*.

Il y a *tergiversatio* quand l'accusateur abandonne sans motif la poursuite. Sans doute, s'il reconnaît au cours de l'instruction que les faits reprochés ne sont pas suffisamment établis, il peut, il doit même ne pas continuer un procès qui doit nécessairement aboutir à un acquittement; mais il doit, dans ce cas, prévenir le président du tribunal et obtenir son autorisation.

Sous la République, la *tergiversatio* ne constitua jamais un délit punissable; le sénatus-consulte Turpillien, rendu en 814 de Rome, frappa pour la première fois le coupable d'une peine va-

riant selon les circonstances. Jusqu'à cette époque, la seule conséquence de ce désistement frauduleux était qu'un autre citoyen, le plus souvent un *subscriptor*, pouvait demander à remplacer l'accusateur défaillant et reprendre pour son compte les poursuites commencées.

CONCLUSION

Telle était la procédure suivie devant les *Quæstiones Perpetuæ*, « procédure qui, malgré ses dé-« fauts, présentait un ensemble digne d'être pro-« posé encore aujourd'hui au respect, à l'imita-« tion des peuples modernes. On y rencontrait « tous les principes qui, actuellement encore, ins-« pirent et vivifient la législation des peuples les « plus civilisés. » Jamais, en effet, on n'a assuré d'une manière plus complète la publicité de l'instruction, la publicité des débats, l'égalité de l'accusation et de la défense.

Néanmoins cette procédure, à raison même de sa noblesse et de sa franchise, présentait certains inconvénients.

Grâce à cette publicité absolue, l'accusé, averti des moindres démarches de son adversaire, pouvait corrompre les témoins, anéantir les preuves de sa culpabilité et compromettre ainsi le succès de l'instruction.

A l'audience, le magistrat muet et impassible assistait, sans y prendre part, aux débats qui étaient moins une information destinée à éclairer les jurés qu'un duel entre les deux parties.

Le système accusatoire, qui confiait à chaque citoyen le soin de poursuivre la répression des crimes, supposait un patriotisme, un dévouement à la chose publique que Rome ne connaissait plus à la fin de la République. Ce zèle existait peut-être encore pour les procès politiques, qui captivaient l'attention publique et préparaient la route à ceux qui aspiraient aux magistratures. Mais il n'en était pas de même pour les crimes de droit commun, dont la répression se trouvait ainsi abandonnée à des citoyens indignes, pour lesquels le rôle d'accusateur public devenait une profession lucrative. Dans tous les cas, la réunion dans la même personne des qualités de partie civile, de magistrat instructeur et de ministère public enlevait à l'instruction du procès tout caractère d'impartialité. Il n'était pas possible, en effet, que le citoyen qui avait dénoncé le crime et qui, le plus souvent, en avait été la victime, pût rechercher et peser avec sang-froid les preuves de la culpabilité, et les faire valoir ensuite sans parti pris devant le tribunal compétent.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction et Bibliographie. 1

PREMIÈRE PARTIE

ÉTUDE HISTORIQUE DES QUÆSTIONES PERPETUÆ

Chapitre I. — Des Quæstiones Perpetuæ depuis leur origine jusqu'à Sylla 7

Section I. — Lex Calpurnia (605 de Rome), ses conséquences. 11

Section II. — Réformes de Gracchus (634 de Rome) 17

Section III. — Lex Acilia 24

Section IV. — Lex Servilia Cæpio (648 de Rome) 34

Section V. — Lex Servilia Glaucia (649 ou 650 de Rome). 38

Section VI. — Lex Livia (663 de Rome). 41

Section VII. — Lex Plautia (665 de Rome). . . . 44

Section VIII. — Lex Peducæa Memmia de incestu (641 de Rome) 46

Section IX. — Lex Mamilia (644 de Rome). . . . 50

Section X. — Lex Apuleia de majestate (654 de Rome). 51

Section XI. — Lex Varia (664 de Rome). 53

Section XII. — Lex Plautia de vi (665 de Rome) 56

Chapitre II. — Des Quæstiones Perpetuæ d'après les réformes de Sylla 59

Section I. — Réformes dans la procédure. 59
Section II. — Réformes dans le droit criminel . 68
§ I. — Crimes des magistrats 68
I. — Lex Cornelia de majestate. 68
II. — Lex Cornelia de ambitu 70
III. — Lex Cornelia de pecuniis repetundis. 72
§ II. — Crimes de droit commun. 77
I. — Lex Cornelia de sicariis et veneficiis. 77
II. — Lex Cornelia de injuriis 83
III. — Lex Cornelia de falsis 85
Chapitre III. — Des Quæstiones Perpetuæ depuis Sylla jusqu'à l'Empire 89
Section I. — Lex Lutatia de vi (676 de Rome) . 91
Section II. — Lex Pompeia tribuniciana (684 de Rome) 93
Section III. — Lex Aurelia Cotta judiciaria (684 de Rome). 94
Section IV. — Lex Calpurnia Acilia de ambitu (687 de Rome). 104
Section V. — Lex Tullia de ambitu (691 de Rome) 107
Section VI. — Lex Papia de peregrinis (689 de Rome) 110
Section VII. — Lex Junia de legibus (692 de Rome). 111
Section VIII. — Lex Fufia de incestu (693 de Rome) 112
Section IX. — Lex Julia de pecuniis repetundis (695 de Rome) 113
Section X. — Lex Pompeia de parricidiis (699 de Rome) 117

SECTION XI. — Lex Pompeia judiciaria (699 de Rome) 119
SECTION XII. — Lex Licinia de sodaliciis. 122
SECTION XIII. — Dictature de Pompée. 125
I. — Lex de vi Clodiana. 126
II. — Lex de ambita 127
III. — Lex judiciaria 129
SECTION XIV. — Dictature de César (708 de Rome) 132
SECTION XV. — Réformes de Marc-Antoine (710 de Rome) 133
SECTION XVI. — Lex Pedia de interfectoribus Cæsaris (711 de Rome) 134

DEUXIÈME PARTIE

DE L'ORGANISATION INTÉRIEURE DES QUÆSTIONES PERPETUÆ ET DE LA PROCÉDURE SUIVIE DEVANT CES TRIBUNAUX

CHAPITRE I. — Procédure in jure 144
SECTION I. — Du président (prætor, judex quæstionis) 144
SECTION II. — De l'accusation 154
I. — Postulatio. 155
II. — Divinatio. 160
III. — Nominis delatio. 162
IV. — Nominis receptio 164
V. — Instruction. 167
CHAPITRE II. — Procédure in judicio 169
SECTION I. — Formation du jugement (judices editicii, judices sortiti) 172
SECTION II. — Débats 183
§ I. — Plaidoiries. 184

§ II. — Preuves 184
I. — Preuves orales (testimonia, laudationes, quæstiones) 185
II. — Preuves écrites 193
§. III. — Ampliatio, comperendinatio 195
I. — Ampliatio 195
II. — Comperendinatio 198
Section III. — Jugement 201
§ I. — Vote 201
§ II. — Majorité requise 203
§ III. — Sentence 207
Chapitre III. — Procédure après le jugement 208
I. — Litis æstimatio 209
II. — Calumnia 213
III. — Prævaricatio 216
Conclusion 219

ERRATA

PAGES	LIGNES	AU LIEU DE	LIRE
9	25	et donne, à ce dernier mandat, de constituer	et donne à ce dernier mandat de constituer
10	9	quœstio	quæstio
14	14	il décide, s'il y a lieu, de renvoyer	il décide s'il y a lieu de renvoyer
16	14	quœstio	quæstio
34	21	Cœpio	Cæpio
35	21		
36	8 et 12		
38	note 2		
40	note 3	Corps	Corpus
67	note 1	*dr. cr.* II, 1, p. 125 et suiv.	*dr. cr.* II, 2, p. 125 et suiv.
74	4	derniers	dernières
76	21	qu'à l'époque, dont...	qu'à l'époque dont
83	note 2	sed at	sed et
97	5	jouent	jouaient
107	2	conception	concession
108	5	jeux publics	jeux publics,
114	10	*auxiliaires* magistrats	*auxiliaires* des magistrats
134	6	*masjetate*	*majestate*
142	6	senatusconsulte	sénatusconsulte
143	7	*selecti*	*sortiti*
145	6	sortitio,	sortitio
160	20	judices;	judices.
198	note 2	*Lcx*	*Lex*
201	4	spontanément	spontanément,

DROIT FRANÇAIS

DE LA

SÉPARATION DES PATRIMOINES

INTRODUCTION

La personne juridique ne meurt pas. Le défunt se survit à lui-même dans la personne de son héritier, qui se trouve investi de ses droits actifs et passifs. La conséquence de ce principe, c'est que les deux patrimoines, celui du défunt et celui de l'héritier, jusqu'alors absolument distincts, n'en forment plus qu'un seul, celui de l'héritier, augmenté de tous les biens de la succession, mais en même temps grevé de toutes les dettes et charges dont pouvait être tenu le *de Cujus*. Cette confusion peut amener parfois des résultats fâcheux :

soit pour l'héritier, si la succession est obérée; dans ce cas il est obligé de payer *de suo* une partie des dettes héréditaires;

soit pour les créanciers et les légataires du défunt, si l'héritier est insolvable. Prenons un exemple : Pierre a 20,000 fr. de dettes et 20,000 fr. de biens, meubles ou immeubles ; dans cette situation il peut faire face à ses engagements. Il meurt et laisse un héritier ayant un passif de 20,000 fr. et dont

l'actif se réduit à 0. Il y a dès lors 40,000 fr. de dettes et 20,000 fr. pour y faire face ; les créanciers du défunt, qui pouvaient espérer être complètement désintéressés, ne recevront plus que 50 p. 100 du montant de leurs créances.

A chacune de ces deux situations, le Code civil apporte un remède ; à l'héritier il accorde le bénéfice d'inventaire ; aux créanciers héréditaires, la séparation des patrimoines.

L'héritier bénéficiaire n'est tenu de payer les dettes de la succession que jusqu'à concurrence de ce qu'il a recueilli.

A l'inverse, la séparation des patrimoines, qui anéantit dans l'intérêt des créanciers héréditaires la confusion des deux masses, leur permet de se faire payer sur les biens de la succession par préférence à tout le monde. Rien de plus légitime que d'effacer en leur faveur les conséquences funestes d'un cas fortuit, la mort de leur débiteur, dont ils avaient suivi la foi. Quant aux créanciers de l'héritier ils ne sauraient évidemment se plaindre, car, ainsi que le dit Pothier, « ils ne peuvent avoir « plus de droit sur les biens de leur débiteur, que « leur débiteur en a lui-même ; d'où il suit que l'hé- « ritier n'ayant les biens de la succession qu'à la « charge d'en payer les dettes, legs et autres char- « ges, les créanciers de cet héritier.... doivent souf- « frir que les dettes, legs et autres charges sur ces

« biens, soient acquittés sur ces mêmes biens avant « qu'ils puissent se venger dessus (1) ».

Cette dernière institution, que nous nous proposons d'étudier ici, soulève de nombreuses difficultés, dues en grande partie à la brièveté avec laquelle la question a été traitée par le législateur de 1804, qui n'y a consacré que cinq articles vagues et même contradictoires (art. 878, 879, 880, 881 et 2111, Code civil). Sur aucune matière de droit privé, les auteurs du Code civil n'ont exprimé leur pensée d'une manière plus vague, et n'ont eu des idées moins arrêtées. Aussi, pour suppléer à l'insuffisance des textes, il nous sera souvent nécessaire de remonter aux origines de la séparation des patrimoines, d'examiner les modifications qu'elle a pu subir en passant du droit romain dans la législation française, et de rechercher quel était le caractère propre de cette institution dans le dernier état de notre ancienne Jurisprudence, à laquelle les rédacteurs du Code civil ont certainement entendu se référer.

---

(1) Pothier. *Traité des successions*. Chap. V, art. 4; Introduction au titre XVII de la Coutume d'Orléans, section VII, art. 3, nº 127.

BIBLIOGRAPHIE

AUBRY ET RAU. — Cours de droit civil français (8 volumes), 4me édition. — Paris 1869-1883.

BARAFORT. — Traité théorique et pratique de la séparation des patrimoines, 1re édition. — Paris 1866.

BLONDEAU. — Traité de la séparation des patrimoines considérée spécialement à l'égard des immeubles. — Paris 1840.

G. DEMANTE. — De l'hypothèque légale des légataires, (revue critique de législation, année 1854, tome V).

DEMANTE ET COLMET DE SANTERRE. — Cours analytique de Code civil (9 volumes), 2me édition.

DALLOZ. — Jurisprudence générale, 2e édition.

DEMOLOMBE. — Traité des successions (5 volumes).

DOLLINGER. — De la séparation des patrimoines, (revue critique de législation, tomes XIII, XIX, XXI, XXV, XXVI).

DOMAT. — Les loix civiles dans leur ordre naturel, (édition de 1723).

DUFRESNE. — Traité de la séparation des patrimoines suivant le Droit romain, le Code civil, et la jurisprudence des tribunaux. — Paris, 1842.

DURANTON. — Cours de Droit français suivant le Code civil (22 volumes), 1re édition.

Nicias Gaillard. — De la séparation des patrimoines, (revue critique de législation, année 1856, tome VIII).

Genty. — De la nature légale de la séparation, (revue critique, année 1856, tome VIII).

Hureaux. — Etude historique et critique de la séparation des patrimoines, revue de Droit français et étranger, année 1846).

Laurent. — Principes de Droit civil.

Lebrun. — Traité des succession (édition de 1743).

Loison. — De la séparation des patrimoines en Droit romain et en Droit français (thèse). — Paris 1881.

Merlin. — Questions de droit (2me édition).

Merlin. — Répertoire de jurisprudence (4me édition).

Noirel. — De la séparation des patrimoines en Droit romain et en Droit français (thèse). — Paris, 1875.

Pothier. — Œuvres complètes (édition Firbach et Rogron).

Ropars. — De la séparation des patrimoines en Droit romain et en Droit français (thèse). — Caen, 1874.

Serrigny. — Du bénéfice d'inventaire et de la séparation (revue critique de législation, année 1858, tome XIII).

PÉRIODIQUES

Dalloz. — Recueil périodique de jurisprudence, de législation, et de doctrine. — Abréviation D. P.

Sirey. — Recueil général des lois et arrêts.

CHAPITRE PREMIER

PAR QUI ET CONTRE QUI PEUT ÊTRE INVOQUÉE LA SÉPARATION DES PATRIMOINES

Section I. — Qui peut invoquer la séparation des patrimoines.

Peuvent invoquer la séparation :
1° Les créanciers du défunt ;
2° Les légataires.

§ 1. — Créanciers du défunt.

La loi ne fait aucune distinction relativement aux créanciers qui peuvent réclamer le bénéfice de la séparation des patrimoines. Qu'ils aient un titre ou qu'ils n'en aient pas, qu'ils soient simples créanciers chirographaires ou qu'ils aient un gage, une hypothèque, un privilége, qu'ils soient créanciers purs et simples, ou qu'ils soient obligés d'attendre l'arrivée d'une condition ou l'échéance d'un terme, peu importe ; il faut et il suffit que ceux qui veulent se prévaloir de ce bénéfice soient créanciers du défunt.

Une interprétation littérale de l'article 878 du Code civil pourrait conduire à décider que la sépation peut être demandée seulement par les créanciers munis de titres exécutoires. — « Art. 877. — « Les titres exécutoires contre le défunt sont pa- « reillement exécutoires contre l'héritier, et néan- « moins les créanciers ne pourront en poursuivre « l'exécution que... — Art. 878. — Ils *(ces créan- « ciers)* peuvent dans tous les cas demander la « séparation... » Mais personne n'a jamais prétendu que telle ait été la pensée du législateur. La protection de la loi ne dépend nullement de la nature du titre ; l'existence d'un acte instrumentaire n'est même pas exigée, pourvu toutefois que la créance puisse être prouvée par d'autres moyens (témoignages, présomptions, etc., etc.) ; dans ce cas le créancier s'adressera aux tribunaux pour obtenir l'autorisation de procéder aux actes nécessaires à la conservation de son droit et de requérir notamment l'inscription prévue par l'article 2111 du Code civil.

Si la séparation est surtout nécessaire aux créanciers chirographaires, directement menacés par l'insolvabilité de l'héritier, il ne faut pas croire qu'elle est sans utilité pour les créanciers possédant des sûretés particulières, caution, gage, hypothèque ; ces garanties, en effet, ne mettent pas à l'abri de tout danger.

Le créancier peut se trouver parfois déchu du droit de poursuivre la caution (art. 2037 du Code civil) ; celle-ci peut être insolvable.

L'objet remis en gage peut être d'une valeur inférieure au montant de la créance.

Le créancier hypothécaire n'arrive pas toujours en rang utile pour obtenir un bordereau de collocation ; en tout cas, en ce qui concerne les intérêts, il peut être colloqué seulement pour deux années échues et l'année courante au même rang que pour son capital (art. 2151 du Code civil). Dans ces différentes hypothèses il lui est avantageux de s'assurer sur les autres biens de la succession un droit de préférence à l'encontre des créanciers de l'héritier. Enfin, la séparation est indispensable aux créanciers hypothécaires ou même privilégiés du défunt pour écarter les créanciers de l'héritier qui auraient un privilège général (art. 2101 du Code civil) (1).

La séparation est une mesure éminemment conservatoire que peut évidemment provoquer le créancier conditionnel (art. 1180 du Code civil).

---

(1) Merlin (Répert. V° *Sép. de Pat.* § II, 4) prétend même que, sans la séparation, les créanciers hypothécaires du défunt doivent être primés par les créanciers de l'héritier qui ont sur les biens de leur débiteur une hypothèque générale, dont la date est antérieure à celle de l'hypothèque prise par les premiers sur les biens du défunt.

Rien ne l'empêche de requérir l'apposition des scellés, de réclamer un inventaire, de s'inscrire sur les immeubles de la succession. Mais il ne saurait procéder à aucun acte d'exécution. Aussi la garantie que lui accorde la loi sera parfois bien illusoire. Lui refuser le droit de pratiquer une saisie-arrêt ou une saisie-exécution, c'est lui retirer les moyens de s'opposer à l'aliénation, à la confusion des meubles, et lui faire perdre ainsi le bénéfice de la séparation, en ce qui concerne tout au moins une catégorie de biens héréditaires, *dura lex, sed lex* (1).

Toutefois, le créancier conditionnel peut profiter des mesures d'exécution dirigées contre l'héritier de ce dernier par ses créanciers personnels, ou par les créanciers du défunt. Il peut intervenir pour empêcher que les deniers ne soient exclusivement attribués aux créanciers saisissants ; ou bien il touchera immédiatement la collocation qui lui revient, à charge de rapporter si la condition ne se réalise pas ; ou bien les autres créanciers seront payés tout comme s'il n'existait pas, en donnant caution de lui restituer sa part si la condition s'accomplit ; enfin la somme pourra être déposée à la Caisse des Dépôts et Consignations pour être attribuée à qui

(1) Voir ch. V, sect. II, § 1.

de droit lors de l'événement ou de la défaillance de la condition (1).

Ce qui vient d'être dit du créancier conditionnel s'applique *mutatis mutandis* au créancier à terme.

La séparation est accordée à tous les créanciers du défunt sans exception, mais à eux seuls. Ce principe nous permet de trancher certaines questions délicates :

1°) Lorsqu'un débiteur principal succède à celui qui l'avait cautionné, l'obligation de la caution disparaît, absorbée par l'obligation principale (article 2035 du Code civil). Cette extinction est toute relative ; elle est le résultat d'une impossibilité matérielle ; on ne peut pas être sa propre caution ; l'obligation éteinte par confusion renaît donc dès que l'obstacle vient à disparaître. Les créanciers de la caution peuvent prévenir les effets de cette confusion et l'extinction du cautionnnement, en demandant la séparation du patrimoine de la caution d'avec le patrimoine du débiteur principal (2).

Ce qui vient d'être dit du cas où le débiteur succède à la caution, s'applique *à fortiori* au cas où la caution succède au débiteur principal (3).

---

(1) Demolombe, *Succ.*, tom. V, n° 108.

(2) L. 3. *Dig. de Sep.* (XLII, 6). — Aubry et Rau, tom. VI, § 619, note 12. — Demolombe, *Succ.* tom. V, n° 149 et 150.

(3) Domat. *Loix civiles*. Liv. II, tit. III, sect. 1. (Edition 1723, p. 214). — Demolombe, *eod. loc.*

2°) Le créancier succède à son débiteur. Deux hypothèses sont à prévoir.

a) Le créancier succède pour le tout. — Il se trouve être à la fois créancier et débiteur. La créance se trouve éteinte ; par conséquent la séparation ne peut plus être demandée.

b) Le créancier succède pour partie. — Sa créance ne s'éteint que jusqu'à concurrence de la part pour laquelle il continue la personne du défunt ; il peut donc pour le surplus demander la séparation des patrimoines contre les créanciers de ses cohéritiers (1).

Aux créanciers du défunt il y a lieu d'assimiler les créanciers de l'absent, après l'envoi en possession définitif. A partir de ce moment, la succession est ouverte provisoirement, les héritiers présomptifs de l'absent peuvent librement disposer des biens ; les créanciers se trouvent exposés aux mêmes dangers que si leur débiteur était mort. Il est donc logique de leur accorder le droit de demander la séparation des patrimoines.

§ 2. — Légataires.

L'article 2111 du Code civil, complétant sur ce point l'article 878, range les légataires au nom-

(1) Pothier. *Succ.* Chap. V, art. 4.

bre des personnes admises à exercer la séparation des patrimoines. Le silence du Code civil, au titre des successions, n'aurait peut-être pas suffi à les priver de ce droit. Sans doute, ils n'avaient aucune action contre le défunt, mais ils sont devenus *ex judicio defuncti* créanciers héréditaires ; leurs legs grèvent la succession dont l'actif ne passe à l'héritier et à ses créanciers qu'à la condition d'en acquitter toutes les charges.

La séparation n'est utile aux légataires qu'autant que le legs qui leur est fait ne leur confère qu'un simple droit de créance contre la succession. Or tel n'est pas toujours le cas.

Les légataires universels ou à titre universel acquièrent immédiatement la propriété de tous les biens héréditaires ou de la quote-part qui leur a été léguée. Ils succèdent à l'instar des héritiers et ont les mêmes droits. Pour eux la demande en délivrance n'est pas autre chose qu'une demande en partage ; en vertu de l'article 883 du Code civil ils sont censés avoir succédé seuls et immédiatement aux biens légués qui n'ont jamais appartenu à l'héritier ; ils n'ont donc pas à se prémunir contre les dangers d'une confusion qui n'a jamais eu lieu.

Quant aux légataires à titre particulier, il faut distinguer selon que le legs qui leur est fait a pour objet un corps certain ou une chose indéterminée,

in genere. Dans le premier cas, le légataire étant devenu propriétaire de l'objet légué dès le jour de l'ouverture de la succession peut le revendiquer entre les mains de l'héritier sans avoir à subir le concours des créanciers de l'héritier ; la séparation est donc inutile. Dans le second, au contraire, le légataire n'ayant qu'une action personnelle contre l'héritier a intérêt à réclamer la séparation pour s'assurer sur les biens de la succession un droit de préférence à l'encontre des créanciers personnels de l'héritier.

Telle n'est pas d'ailleurs la seule garantie que la loi accorde aux légataires. L'article 1017 du Code civil leur assure une hypothèque légale, indivisible, portant sur tous les immeubles de la succession.

Toutefois, l'existence de cette hypothèque a été contestée par un certain nombre d'auteurs (1), notamment par MM. Aubry et Rau, qui font valoir à l'appui de leur thèse les arguments suivants :

1°) L'article 2121 qui énumère les hypothèques légales ne mentionne pas celle du légataire. Cette

---

(1) Aubry et Rau, tome, VII, § 722, note 24. — Gabriel Demante, *de l'hypothèque légale des légataires*, (revue critique, t. VIII, p. 179). — Tribunal supérieur de l'empire d'Allemagne, 30 décembre 1884). (*Sir.*, 87, 4, 19).

omission ne peut être attribuée à un oubli. En effet le titre des hypothèques contenait un article 42 ainsi conçu : « Article 42. — Les dispositions tes- « tamentaires reçues par acte authentique n'em- « portent hypothèque que du jour du décès ». Sa suppression indique un changement d'idée de la part du législateur.

2°) L'article 1017 n'est nullement décisif. Sans doute les rédacteurs du Code civil avaient l'intention d'accorder aux légataires une hypothèque légale. On peut s'en convaincre en lisant les articles 99 et 100 du projet du titre des donations : « Article 99. — Les héritiers ou débiteurs d'un « legs sont personnellement tenus de l'acquitter, « chacun au prorata de la part et portion dont ils « profitent dans la succession ; ils en sont tenus « hypothécairement pour le tout, jusqu'à concur- « rence de la valeur des immeubles de la succes- « sion dont ils sont détenteurs ». — « Article 100. « — L'hypothèque du légataire est légale, elle ré- « sulte de la donation valablement faite, même « sous signature privée, dans les formes ci-dessus indiquées ». Mais ce dernier article a disparu lors de la rédaction définitive ; l'article 1017 (ancien article 99) n'est plus que le vestige d'une théorie qui n'a pas prévalu ; il détermine la nature d'une hypothèque qu'on voulait accorder aux légataires, mais qui dans la suite leur a été refusée.

La supposition dans laquelle il a été rédigée ne s'est pas réalisée ; il se trouve dès lors sans objet.

3°) Rien d'ailleurs n'est plus logique que cette hypothèse. Cette hypothèque eût fait double emploi avec la séparation des patrimoines. En outre, on ne peut pas accorder aux légataires *qui certant de lucro captando* une garantie que l'on refuse aux créanciers *qui pugnant de damno vitando.*

Ce système nous paraît devoir être repoussé, malgré la valeur des arguments invoqués.

1°) La suppression de l'article 42 explique la suppression le l'article 100. D'après l'article 42, les légataires puisant leur droit dans un testament authentique jouissaient seuls d'une hypothèque légale; l'article 100, au contraire, accordait cette garantie même au legs faits par testament olographe. Deux textes contradictoires devaient nécessairement disparaître.

2°) L'hypothèque et la séparation des patrimoines, loin de faire double emploi, produisent chacun des effets différents. A certains points de vue, l'hypothèque est plus avantageuse, à d'autres, la séparation est plus efficace. Ainsi l'hypothèque ne frappe que les immeubles et n'a d'effet que du jour où elle a été publiée; au contraire, la séparation porte sur les meubles aussi bien que sur les immeubles; l'inscription prévue par l'article 2111 du Code civil rétroagit au jour du décès quand elle a été prise

dans les six mois depuis l'ouverture de la succession. A l'inverse, l'hypothèque assure le droit de suite et l'indivisibilité que plusieurs auteurs, MM. Aubry et Rau notamment, refusent à la séparation ; elle peut être exercée par le légataire qui a accepté l'héritier pour débiteur.

« 3° Est-il rationnel, disent MM. Aubry et Rau, « de placer sous ce rapport les légataires dans une « position plus favorable que les créanciers, alors « cependant qu'à tous autres égards ces derniers « leur sont préférés ? » A cette objection on peut répondre que le législateur n'a fait en cela que suivre les errements de la tradition. L'origine de l'hypothèque remonte à Justinien qui l'accorda pour assurer l'exécution des volontés du testateur, *ut omnibus modis voluntati ejus satisfiat* (1). Du Droit romain, elle passa dans les pays coutumiers où elle était presque universellement admise. La seule controverse portait sur le point de savoir si cette hypothèque conférait aux légataires le droit de poursuivre chacun des héritiers hypothécairement pour le tout ou simplement jusqu'à concurrence de la portion pour laquelle ils devaient personnellement le legs (2).

---

(1) L. 1, Code, *Communia de leg. et fid.* (VI, 43).

(2) Demolombe, *Succ.*, tom. V, n° 217. — Colmet de Santerre, *Cours analytique*, tom. IV, n° 162 *bis*, III. — Barafort, *op. cit.* n° 215. — Toulouse, 23 décembre 1870. (*Sir.* 72, 2, 41). — Angers, 23 juillet 1880. (*Sir.* 81, 2, 15).

Il est également impossible d'accepter l'opinion de certains auteurs (1) qui, tout en concédant aux légataires une hypothèque, soutiennent qu'elle est sans effet à l'égard des créanciers du défunt. Cette hypothèque ne serait efficace qu'à l'encontre des créanciers personnels des héritiers chargés du legs ou des tiers qui auraient acquis de ces mêmes héritiers les immeubles dépendant de la succession. Pour défendre ce système, qui accorde un droit de suite sans droit de préférence, on fait remarquer que les legs ne sont dus qu'autant que les dettes de la succession ont été intégralement acquittées, *nemo liberalis nisi liberatus*. — Mais par suite de la confusion des deux patrimoines les légataires sont devenus créanciers de l'héritier au même titre que les créanciers du défunt ; il n'existe entre eux aucune cause de préférence. Seulement les légataires ont une hypothèque sur les immeubles de la succession, dont ils peuvent se prévaloir à l'encontre de tous les créanciers de l'héritier, par conséquent à l'encontre des créanciers héréditaires. La maxime *nemo liberalis nisi liberatus* est nécessairement subordonnée à la séparation des patrimoines, qui seule peut maintenir la position respective des créanciers et des légataires.

---

(1) Troplong, *des donations* (2e édition), III, nos 1928 et 1929. — Bordeaux, 26 avril 1864 (*D. P.*, 64, 2, 220).

Toutefois, quelques auteurs admettent que l'héritier n'est tenu des legs que *intra vires hereditatis;* d'après eux les legs ne sont valables que jusqu'à concurrence de l'actif net de la succession (1). Dans ce cas, les créanciers héréditaires, agissant au nom de l'héritier devenu leur débiteur (article 1166 du Code civil), pourront prouver que les dettes de la succession absorbent la valeur de tous les biens héréditaires, et écarter les légataires qui se seraient inscrits sur les immeubles. Le legs étant caduc, l'hypothèque légale qui le garantit ne peut évidemment produire aucun effet.

§ 3. — Créanciers de l'héritier.

L'acceptation pure et simple d'une succession peut causer un préjudice à l'héritier obligé de sacrifier une partie de son patrimoine aux créanciers héréditaires, et peut ainsi diminuer le gage de ses propres créanciers (article 2093 du Code civil). Au premier abord il semble équitable de permettre à ces derniers de faire cesser dans leur intérêt la confusion des deux patrimoines, qui les oblige à subir sur les biens de l'héritier, leur débiteur, le concours des créanciers du défunt.

---

(1) Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, tom. III, nº 24 *bis*, V.

Pourtant à Rome le préteur n'accordait jamais dans ce cas le bénéfice de la *separatio bonorum*, et avec raison. L'héritier, bien que débiteur, n'est frappé d'aucune incapacité ; il conserve l'administration de son propre patrimoine, il est libre de contracter de nouvelles dettes : « *Creditores heredis non impetrabunt separationem ; nam licet alicui sibi adjiciendo creditorem deteriorem creditoris sui facere conditionem* (1) ». Ses créanciers, avant de contracter, devaient s'enquérir de sa solvabilité, exiger de lui des garanties ; s'ils ne l'ont pas fait, ils ont montré une négligence coupable dont ils doivent subir les conséquences : *Sibi imputent qui cum tali contraxerunt.*

Toutefois, la Jurisprudence de nos Anciens Parlements s'était ralliée à l'opinion contraire défendue par la plupart des auteurs, à l'exception de Pothier et de Lebrun (2).

Le Code civil met un terme à cette controverse en remettant en vigueur les dispositions de la loi romaine. — « Article 881. Les créanciers de l'hé-« ritier ne sont point admis à demander la sépa-« ration des patrimoines contre les créanciers de « l'héritier. »

---

(1) L. I, § 2. Dig. *de sep.* (XLVI, 2).

(2) Lebrun. *Succ.* Liv. IV, ch. II, sec. 1, nos 13 et suiv. (édit. de 1743, p. 626). — Pothier. *Succ., eod. loc.*

Mais, en laissant à l'héritier le droit de gouverner son patrimoine avec une entière indépendance, ses créanciers ne l'ont pas autorisé à conspirer contre eux. Ils ont suivi sa foi, mais ils n'ont pas entendu subir les conséquences de son dol. Aussi rien ne les empêche d'attaquer et de faire révoquer, en vertu de l'article 1167 du Code civil, l'acceptation d'une succession faite par l'héritier en fraude de leurs droits.

Ce droit pourtant leur a été contesté. L'art. 1167, deuxième alinéa, est ainsi conçu : « (*Les créanciers*) doivent quant à leurs droits énoncés au titre des successions... se conformer aux règles qui y sont prescrites ». Or, il est bien dit que les créanciers du successible peuvent faire révoquer dans leur intérêt la renonciation que leur débiteur a faite à la succession qui lui était échue et se faire autoriser à l'accepter en son lieu et place (788 du Code civil) ; mais il n'est dit nulle part que les créanciers de l'héritier, qui a accepté une succession, aient le droit de faire révoquer cette acceptation. Il est de principe que l'acceptation d'une succession est irrévocable, sous la seule exception énoncée en l'article 783, deuxième alinéa (1).

Ces objections ne sont nullement décisives. — L'article 1167, deuxième alinéa, se réfère à l'ar-

(1) Chabot, *traité des succ.* sur l'art. 881, nº 27.

ticle 882 qui, en cas de partage, subordonne l'exercice de l'action Paulienne à certaines conditions. L'argument *a contrario* tiré de l'article 788 ne prouve absolument rien. A Rome, l'héritier n'acquérait l'hérédité que par l'adition d'hérédité; jusqu'à ce moment il y était absolument étranger; s'il renonçait, il négligeait simplement d'acquérir; cette renonciation, qui pouvait tromper l'espérance de ses créanciers, mais qui ne portait aucune atteinte à leurs droits, était à l'abri de l'action révocatoire: *Pertinet edictum ad diminuentes patrimonium suum, non ad eos qui id agunt ne locupletentur* (1). Le Code civil, admettant un principe différent en ce qui concerne l'acquisition par succession, devait aboutir à une solution tout opposée. L'héritier devient immédiatement propriétaire *a die mortis* des biens de la succession; toute renonciation de sa part équivaut donc à l'abdication d'un droit qui s'est définitivement fixé sur sa tête, et tombe dès lors sous le coup de l'article 1167. Cette solution aurait dû être acceptée même en l'absence de tout texte; toutefois la tradition romaine aurait pu faire naître quelques doutes; c'est uniquement dans le but de faire cesser cette incertitude que les rédacteurs du Code civil ont édicté l'article 788; on a donc tort d'en conclure qu'ils ont ainsi voulu

(1) L. 6, pr. Dig. *Quæ in fraud.* (XLII, 8).

implicitement retirer aux créanciers de l'héritier le droit d'attaquer l'acceptation d'une succession faite en fraude de leurs droits (1).

Pour exercer avec succès l'action Paulienne, les créanciers devront établir que l'acceptation de la succession leur a occasionné un préjudice, soit en causant, soit en augmentant l'insolvabilité de leur débiteur *(eventus damni)*. — Ils devront en outre prouver que l'héritier avait connaissance et de son insolvabilité, et des résultats préjudiciables que son acceptation pourrait entraîner *(consilium fraudis)*. — Seront-ils en outre obligés de démontrer la complicité des créanciers héréditaires eux-mêmes ? La réponse à cette question dépend du caractère que l'on attribue au quasi-contrat qui intervient entre l'héritier et les créanciers héréditaires. A notre avis l'acceptation de la succession est toujours avantageuse pour ces derniers. En effet, grâce à la séparation des patrimoines qu'ils ont toujours le droit de demander, les biens héréditaires restent leur gage exclusif; et, si ces biens ne suffisent pas à les désintéresser entièrement, ils peuvent s'attaquer au patrimoine propre de l'héritier. Ils retirent de l'acceptation de la succession un avan-

---

(1) *Sic.* Demolombe, *Succ.* tom. II, nº 557. — Duranton, *op. cit.*, VII, nº 502. — Dalloz, *Jur. gén.*, Vº *Succ.*, nº 1409.

tage purement gratuit; cette acceptation peut donc être annulée, alors même qu'ils n'auraient pas participé à la fraude de l'héritier, qu'ils n'auraient pas été *conscii fraudis* (1).

---

(1) *En ce sens :* Demolombe. *Succ.* tom. II, nº 557. — *Contrà.* Aubry et Rau. tom. VI, § 611, note 20 exigent la complicité des créanciers.

Section II. — Contre qui peut être invoquée la séparation.

La séparation créant un droit de préférence qui ne peut trouver sa place que là où il y a concours, et le concours ne pouvant se produire qu'entre deux catégories de créanciers, il en résulte que c'est contre les créanciers de l'héritier, et non pas contre l'héritier que la séparation doit être demandée. (Article 878 du Code civil.)

La séparation produit ses effets contre tous les créanciers chirographaires, hypothécaires ou privilégiés de l'héritier sans distinction. Ainsi les créanciers ayant un privilége général sur tous les biens de l'héritier ne peuvent s'en prévaloir vis-à-vis des créanciers séparatistes (1). De même le fisc doit être écarté en tant qu'il poursuit le recouvrement des droits de mutation : ces droits constituent une obligation personnelle de l'héritier, et la Régie comme tout créancier de celui-ci doit subir la séparation (2).

---

(1) Aubry et Rau, tom. VI. § 619, note 11. — Barafort, *op. cit.* n° 35. — *Contrà*, Dufresne (*op. cit.* n° 40) pense que la séparation ne peut pas être opposée aux créanciers de l'héritier ayant un privilége général sur les biens de leur débiteur.

(2) En ce sens cinq arrêts de la Cour de Cassation rendus les 23 et 24 juin 1857. (*D. P.* 57, 1, 233.) — En sens contraire, Cass. 21 juillet 1851. (*D. P.* 51, 1, 233) ; — Paris, arrêts des 13 mars et 19 novembre

Par *héritiers* il faut entendre tous ceux qui succèdent *in universum jus*, qui recueillent le patrimoine tout entier ou une quote-part du patrimoine du défunt. Tels sont les héritiers légitimes, les successeurs irréguliers, les légataires universels ou à titre universel, les institués contractuels en faveur desquels le donateur a disposé *per modum universitatis*.

Que décider à l'égard d'un cessionnaire de droits successifs? Faut-il le considérer comme un représentant du défunt et décider en conséquence que la séparation peut être demandée contre ses propres créanciers?

L'affirmative a été soutenue par quelques auteurs (1) qui ont invoqué les arguments suivants : — Le cessionnaire prend la place du cédant, aux droits et aux obligations duquel il se trouve subrogé ; il doit donc être traité comme l'héritier lui-même, et les créanciers de la succession ont à l'égard de ses créanciers les mêmes droits qu'à l'égard des créanciers de l'héritier. — Il est tenu de plein droit de toutes les dettes de la succession (ar-

---

1855, cassés par arrêts de la Cour de Cassation du 24 juin 1857. — Toutefois, la régie a un privilége sur les revenus des biens dépendant de la succession (art. 32. Loi 22 frimaire, an VII.)

(1) Barafort, *op. cit.* nº 45. — Dollinger, *op. cit.* nº 91 (revue critique, tome XXI). — Lyon, 17 novembre 1850. (*D. P.* 51, 2, 160.) — Lyon, 21 janvier 1851. (*D. P.* 52, 2, 165).

ticle 1698 du Code civil), et, pour le contraindre à les payer, les créanciers héréditaires doivent avoir le droit d'employer à son égard les mesures auxquelles ils pouvaient recourir contre l'héritier lui-même. — Ceux-ci, pouvant invoquer la séparation quant au prix de vente encore dû, peuvent également s'en prévaloir vis-à-vis du cessionnaire, puisque les dettes et autres charges de la succession font partie de son prix.

Ce système nous semble ne pas devoir être accepté. — Le cessionnaire n'est qu'un acquéreur à titre particulier ; vis-à-vis des créanciers héréditaires il ne représente pas l'héritier, il ne devient pas leur débiteur. Sans doute il est tenu de payer les dettes de la succession ; mais envers qui a-t-il contracté cette obligation ? envers l'héritier et non pas envers les créanciers héréditaires. — « Article 1698. Il doit rembourser au vendeur ce que celui-ci a payé pour les dettes et charges de la succession ». — Par conséquent, quand ceux-ci poursuivent le cessionnaire, ils n'agissent pas en vertu d'un droit propre, ils ne font qu'exercer l'action de l'héritier leur débiteur ; ils ne peuvent donc pas réclamer un droit de préférence à l'égard des autres créanciers du cessionnaire. — Quant à l'argument tiré de ce que le privilége de la séparation se reporte de la chose sur le prix non encore payé, il ne démontre absolument rien, puisqu'il

ne peut être opposé qu'aux créanciers de l'héritier et non pas aux créanciers du cessionnaire (1).

Aux créanciers personnels de l'héritier il faut assimiler les créanciers du défunt qui ont accepté l'héritier comme débiteur, et ont confirmé de la sorte l'état de choses préexistant; ils sont désormais placés sur le même rang que les créanciers de l'héritier.

Par suite de la transmission héréditaire, les légataires sont devenus créanciers de l'héritier au même titre que les créanciers du défunt. Il n'y a plus qu'un seul débiteur, une seule catégorie de créanciers, entre lesquels il n'existe d'autres causes de préférence que celles qui peuvent résulter des sûretés particulières qui leur ont été consenties. La maxime « *nemo liberalis nisi liberatus* » ne peut recevoir son application qu'autant que les deux patrimoines se trouvent distincts. Dans ce dernier cas les légataires ne peuvent prétendre aucun droit sur le patrimoine du défunt tant que les créanciers de celui-ci n'ont pas été désintéressés. Pour que ce résultat se produise il faut que la succession ait été acceptée sous bénéfice d'inventaire, ou que, en cas d'acceptation pure et simple, la séparation des patrimoines ait été demandée.

---

(1) Aubry et Rau. tom. VI, § 619, note 29. — Demolombe, *succ.* tom. V, nº 127. — Duranton, tom. VII, nº 491.

CHAPITRE II

DES BIENS SUR LESQUELS LA SÉPARATION PEUT ÊTRE EXERCÉE.

Destinée à reconstituer au profit des créanciers et des légataires du défunt le gage général sur les biens de leur débiteur que la confusion leur avait fait perdre, la séparation doit, pour atteindre ce résultat, s'étendre à tous les biens transmissibles, saisissables, qui appartenaient au défunt au jour de son décès.

I). — Quelques droits s'éteignent par la mort de leur titulaire ; tels sont dans certains cas les droits d'usufruit, d'usage et d'habitation ; telles sont encore les rentes viagères (articles 617, 625, 1971 du Code civil).

II). — La saisie étant le préliminaire forcé de toutes les mesures d'exécution auxquelles sont obligés de recourir les créanciers qui veulent se faire payer sur certains biens de leur débiteur, il en résulte que les biens insaisissables échappent à la séparation. Quelle serait, en effet, l'utilité pour les créanciers héréditaires d'un droit de préfé-

rence portant sur des biens qu'ils ne peuvent ni saisir, ni faire vendre? Telles sont les sommes déposées par le défunt en compte courant à la Banque de France (1), telles sont encore les rentes sur l'État (2) et les obligations du Crédit foncier (3).

Mais le principe général reprend toute sa force dès que l'obstacle provenant de l'insaisissabilité vient à disparaître. Les auteurs qui appliquent dans notre matière la maxime : « *In judiciis uni-* « *versalibus, pretium succedit loco rei, et res loco* « *pretii* », doivent donc admettre que, si l'héritier aliène ces biens insaisissables (rentes, obligations du Crédit foncier), la séparation peut être demandée relativement au prix provenant de la vente, tant qu'il ne s'est pas confondu dans le patrimoine de l'héritier; rien n'empêche les créanciers de pratiquer à cet effet une saisie-arrêt entre les mains de l'agent de change chargé de la négociation.

III). — La séparation ne peut s'appliquer qu'aux biens qui appartenaient au défunt au jour de son décès, mais elle s'applique à eux tous : elle s'é-

---

(1) Art. 33 de la loi du 24 germinal an XI, relative à la Banque de France.

(2) Art. 4, loi du 8 Niv. an VI. — Art. 7, loi du 27 flor. an VII. — Cfr. arr. Cour Paris, 16 décembre 1848. (*D. P.* 49, 2, 12).

(3) Art. 18, du décr. du 24 fév. 1852.

tend à tous les meubles, à tous les immeubles dépendant de la succession ; elle comprend toutes les créances que le défunt pouvait avoir, soit contre des tiers, soit contre l'héritier lui-même ; ces dernières, par suite d'une résolution fictive de la transmission héréditaire, revivent dans l'intérêt des créanciers séparatistes.

Toutefois ce dernier point a été contesté par M. Hureaux (1) qui prétend que les dettes de l'héritier, une fois éteintes par la confusion, ne peuvent plus revivre. Cette opinion isolée procède, selon nous, d'une notion inexacte de ce mode d'extinction des obligations. Malgré la confusion, la dette subsiste toujours à l'état latent, la libération du débiteur provient uniquement d'un obstacle matériel résultant de la réunion sur la même tête de deux qualités qui se paralysent. Cet obstacle est la cause et la mesure de cette extinction toute relative ; dès qu'il disparaît, la créance renaît. Or, la séparation séparant les deux patrimoines, rien n'empêche que l'un soit créancier de l'autre. Telle était d'ailleurs, l'opinion de Pothier et de Lebrun dans notre Ancien Droit (2).

---

(1) Hureaux. *Revue de Dr. franç. et étr.* 1846, III, p. 497 et suiv. — En ce sens, Cass., 16 juillet 1828. (*Sir.* 28, 1, 133).

(2) Lebrun, *Succ.*, Liv. IV, ch. II, sect. I, n° 24 (p. 628).

Le privilége des créanciers héréditaires s'étend également aux fruits civils ou naturels provenant des biens de la succession. En effet, en tant qu'il s'agit de régler les relations réciproques des deux masses de créanciers, ceux de l'héritier d'une part, ceux du défunt de l'autre, la séparation rescinde les effets de l'adition d'hérédité ; l'héritier doit être considéré comme un simple administrateur du patrimoine du défunt ; il n'acquiert donc pas les fruits que celui-ci peut produire, et ses créanciers personnels n'y ont aucun droit.

Toutefois, cette opinion, repoussée dans notre Ancien Droit par un arrêt du Parlement de Paris en date du 16 février 1694 (1), a été encore combattue, sous l'empire du Code civil, par quelques auteurs qui soutiennent que les créanciers héréditaires ne doivent pas profiter des fruits civils ou naturels produits par les biens de la succession avant la demande en séparation. A l'appui de cette thèse, ils font valoir les deux considérations suivantes : 1° ces fruits, dès l'instant où ils ont été perçus, se sont confondus avec les biens personnels de l'héritier ; 2° ils n'ont jamais fait partie du patrimoine du défunt (2).

---

(1) Voir Merlin, Répert., voir *sép. des patr.*, § 4, 3.
(2) Grenier *des Hyp.*, II, n° 436.

On peut tout d'abord reprocher à ce système d'être inconséquent avec lui-même. — Si le seul fait de la perception doit entraîner la confusion, comment peut-on espérer distinguer plus facilement les fruits perçus après la demande en séparation que ceux perçus avant cette époque ? — Si l'on s'appuye sur cette idée, que les fruits perçus avant la demande en séparation n'ont jamais appartenu au défunt, il faut bien reconnaître que celui-ci n'a pas pu davantage acquérir la propriété des fruits perçus à une époque ultérieure. Cette distinction ne peut donc pas se justifier.

D'ailleurs les arguments invoqués ne sont nullement décisifs. Sans doute, en fait, il arrivera souvent que les fruits, une fois perçus, se confondront dans le patrimoine de l'héritier. Mais il n'en est pas nécessairement toujours ainsi ; dans le cas où ils conservent leur individualité propre, où ils sont reconnaissables, pourquoi les soustraire au gage des créanciers héréditaires? — En outre la séparation, dont les effets remontent au jour de l'ouverture de la succession, établit une distinction complète, absolue, entre le patrimoine de l'héritier et celui du défunt, qui reste le gage de ses propres créanciers, et qui doit s'accroître de tous les fruits produits par les biens qui le composent conformément à la maxime « *fructus augent hereditatem* » que le Code civil a

consacrée à plusieurs reprises (art. 132, 747, 766 du Code civil) (1).

La séparation ne porte que sur les biens qui appartenaient au défunt au jour de son décès. Nous en tirons deux conséquences :

A. — La séparation ne s'étend pas aux sommes que le meurtrier du défunt aurait pu être condamné à payer à l'héritier à titre de dommages-intérêts. Sans doute, le meurtre a été la cause pour laquelle ces dommages-intérêts ont été alloués à l'héritier; mais ils lui ont été accordés pour l'indemniser d'un préjudice qu'il a personnellement souffert. Ces sommes d'ailleurs n'auraient jamais fait partie du patrimoine du défunt, si celui-ci eût vécu (2).

B. — Les séparatistes ne peuvent prétendre, à l'encontre des créanciers personnels de l'héritier, aux biens qui rentrent dans la succession par suite du rapport. La question a été discutée dans notre Ancien Droit. L'affirmative était soutenue par Bourjon (3), qui prétendait que les biens rapportés retombaient dans la succession, et rentraient dans

---

(1) Aubry et Rau, VI, § 619, note 22; Barafort, *op. cit.*, n° 137; Demolombe, *Succ.* V, n° 132; Dufresne, *op. cit.*, n° 118; Laurent, *op. cit.*, X, n° 22. — Caen, 22 février 1849 (*D. P.*, 51, 2, 236).

(2) Demolombe, *Succ.*, t. V, n° 130.

(3) Bourjon, droit commun de la France, 2e partie, *des Successions*, chap. XII, n° 27.

le patrimoine du défunt, comme s'ils n'en étaient jamais sortis. Mais l'opinion contraire comptait de nombreux partisans, d'Héricourt, Lebrun, Pothier: celui-ci, notamment, faisait remarquer avec beaucoup de raison que « le rapport n'avait été établi « que pour maintenir l'égalité dans les partages, « et que les biens rapportés n'étaient réputés biens « de la succession que *par fiction*, et vis-à-vis des « cohéritiers du donataire qui leur devait le rap- « port (1) ». Rien de plus juste : en réclamant la séparation, les créanciers héréditaires manifestent l'intention de rester, vis-à-vis des créanciers de l'héritier, créanciers du défunt; ils ne peuvent donc réclamer un droit de préférence sur les biens rapportés qui font partie du patrimoine personnel des héritiers, et auxquels ils n'auraient jamais pu prétendre tant que leur débiteur aurait vécu. Aussi est-ce à ce dernier système que se sont ralliés les rédacteurs du Code civil. — « Article 857. Le rap- « port n'est dû que par le cohéritier à son cohéri- « tier; il n'est pas dû aux légataires ni aux créan- « ciers ». Toutefois, malgré ce texte, des difficultés se sont élevées dans la pratique en ce qui concerne la combinaison des règles du rapport avec celles de la séparation des patrimoines.

---

(1) Pothier, *success.*, chap. V, art. 4, (p. 269). — Lebrun, *Succ.*, Liv. IV, chap. II, sect. 1, nos 27 et suiv. (p. 630). — D'Héricourt, *de la vente des immeubles*, chap. XI, sect. 2, n° 43.

Premier cas. — *Rapport en nature.*

Le défunt qui a trois héritiers, Primus, Secundus, Tertius, laisse en mourant un actif de 150,000 francs et un passif se montant à la même somme. Il avait antérieurement donné à Tertius un immeuble valant 30,000 francs que celui-ci rapporte à la succession. Il y a ainsi une masse partageable comprenant :

150,000 francs laissés par le défunt,
un immeuble valant 30,000 francs rapporté par le cohéritier donataire,

Total : 180,000 francs à répartir entre Primus, Secundus et Tertius.

Chacun d'eux a droit à 60,000 francs. Celui, dans le lot duquel tombera l'immeuble rapporté, ne recevra que 30,000 francs de valeurs héréditaires.

Vis-à-vis des deux cohéritiers qui ont été remplis de leurs droits exclusivement à l'aide de valeurs dépendant de la succession, les séparatistes ne peuvent réclamer la séparation que jusqu'à concurrence de 50,000 francs, somme à laquelle ils auraient eu droit si le rapport n'avait pas eu lieu et qui est pour eux « *res inter alios acta* ». — Quels seront leurs droits vis-à-vis de l'héritier auquel a été attribué l'immeuble? Celui-ci a recueilli 30,000 francs de biens héréditaires aux-

quels ils peuvent évidemment s'attaquer; mais *quid* en ce qui concerne l'immeuble? C'est là que gît la difficulté. M. Delvincourt (1) propose une distinction : l'immeuble est-il échu à l'un des cohéritiers du donataire qui a effectué le rapport, il reste le gage exclusif des créanciers séparatistes jusqu'à concurrence de 20,000 francs ; est-il au contraire échu à l'héritier donataire lui-même, il échappe entièrement à leur action. Ainsi, dans cette dernière hypothèse, le rapport qui ne doit ni nuire ni profiter aux créanciers et légataires du défunt leur cause un préjudice de 20,000 francs; sans cette donation en avancement d'hoirie, leur privilége, au lieu d'être restreint à 130,000 francs, aurait porté sur les 150,000 francs que leur débiteur avait laissés en mourant. C'est là une conséquence extrêmement rigoureuse, qui n'est nullement commandée par les principes. Le donataire, par suite du rapport, n'avait droit à l'immeuble que pour un tiers, c'est-à-dire jusqu'à concurrence de 10,000 francs ; s'il en est actuellement propriétaire exclusif, c'est que ses cohéritiers lui ont cédé leurs droits sur cet immeuble, moyennant quoi il leur a abandonné 20,000 francs de valeurs héréditaires. Cet immeuble, ainsi acquis jusqu'à concurrence des deux tiers de sa valeur à

(1) Delvincourt, *Cours de Code civil*. II, p. 173 et suiv.

l'aide de deniers ayant appartenu au défunt, doit être atteint dans cette mesure par la séparation des patrimoines conformément à la maxime « *subrogatum capit naturam subrogati* » (1).

Deuxième cas. — *Rapport en moins prenant.* Reprenons l'exemple que nous avons proposé :

Primus et Secundus reçoivent chacun 60,000 francs de valeurs héréditaires ;

Tertius qui est insolvable, ou qui a aliéné l'immeuble à lui donné reçoit :

1° des biens dépendant de la succession jusqu'à concurence de	30,000 francs,
2° la créance que la succession avait contre lui, estimée à. . . .	30,000 francs.
Total.	60,000 francs.

On arrive à une solution différente en cas de rapport en moins prenant. Ici l'objet rapporté n'existant plus ne peut pas subir pour partie l'action des créanciers séparatistes qui éprouvent nécessairement un préjudice. — Aussi certains auteurs, frappés de cet inconvénient, prétendent que dans ce cas les deux autres cohéritiers sont tenus jusqu'à concurrence de l'émolument qu'ils ont retiré de la succession. On invoque dans ce système des raisons d'équité : les mêmes biens doivent ré-

(1) Dollinger, *op. cit.* (Rev. crit. XIX. p. 500 et suiv.). — Bertauld. *Questions pratiques et doctrinales*, n° 347.

pondre des mêmes dettes ; le défunt étant mort solvable, ses créanciers ont droit à un paiement intégral ; il serait injuste de faire peser sur eux les conséquences d'un rapport auquel la loi les déclare étrangers (1).

Il nous est impossible d'accepter sans réserve ce système qui a le grave inconvénient de violer le principe de la division des dettes entre héritiers (article 1220 Code Civil), principe qui doit recevoir son application même en cas de séparation des patrimoines (2). Toutefois il peut se présenter telle hypothèse où cette règle ne se trouve pas en jeu : ainsi, reprenant l'exemple précité, on peut supposer que le défunt a laissé un passif de 180,000 francs et un actif de 150,000 francs. Chaque héritier se trouve personnellement obligé jusqu'à concurrence de 60,000 francs. Il s'agit simplement de savoir si les séparatistes pourront exercer leur privilége sur les 60,000 francs qu'ont reçus chacun des deux cohéritiers du donataire soumis au rapport, ou si au contraire ils ne pourront se prévaloir de leur droit de préférence à l'égard des créanciers des deux cohéritiers que jusqu'à concurrence de 50,000 francs. Il y a lieu dans ce cas de trancher un conflit d'intérêts entre les deux

---

(1) Dollinger, *eod. loc.*

(2) Voir ci-aprés ch. IV, sect. 1re,

catégories de créanciers; il faut donc, ainsi que nous le démontrerons, faire intervenir la fiction de la survie du défunt et régler la situation comme si le De Cujus n'était pas mort; les créanciers des héritiers n'ont donc aucun droit sur les biens que ce derniers détiennent *ex hereditaria causa*, et qui restent le gage exclusif des séparatistes.

CHAPITRE III

DE LA NATURE DE LA SÉPARATION DES PATRIMOINES

Toute la théorie de la séparation des patrimoines repose sur une fiction. Le défunt est censé revivre, son patrimoine reste donc le gage exclusif de ses propres créanciers. Pour apprécier les effets de la séparation, il faut naturellement déterminer l'étendue qu'il convient d'attribuer à cette fiction.

Un premier point est certain. L'héritier doit être considéré comme héritier, toutes les fois que les intérêts des créanciers séparatistes ne sont pas en jeu, *semel Heres, semper Heres;* c'est donc à lui que revient l'actif net de la succession après l'acquittement de toutes les charges dont elle est grevée.

Mais dès qu'on veut pousser plus avant le problème, on se heurte à des divergences d'opinions d'autant plus regrettables qu'elles conduisent à des solutions absolument opposées.

On peut considérer la rescission de la transmission héréditaire comme complète, absolue, à l'égard des créanciers et des légataires du défunt; tant qu'ils ne sont pas entièrement désintéressés,

toute relation est rompue entre la succession et l'héritier qui n'est plus qu'un simple administrateur par rapport au patrimoine du défunt. De cette idée se déduisent les conséquences suivantes :

1° L'aliénation des biens héréditaires consentie par l'héritier est nulle comme faite *a non domino* ;

2° Les créanciers du défunt ne peuvent pas s'attaquer aux biens personnels de l'héritier qui, par suite de la séparation, n'est plus qu'un étranger à leur égard ;

3° S'il existe plusieurs cohéritiers, chacun d'eux est tenu, jusqu'à concurrence des biens qu'il a recueillis, de toutes les dettes de la succession, même au-delà de sa part héréditaire. Il est poursuivi non pas comme débiteur, mais comme détenteur des biens appartenants au défunt, et sur lesquels les créanciers héréditaires ont un droit de gage général (article 2093 du Code civil).

Ce système, qui ne s'appuye ni sur le Droit romain, ni sur notre Ancienne Jurisprudence, n'est certainement pas celui du Code. Aucun des textes de la matière n'y fait la moindre allusion. D'ailleurs, si la demande en séparation est dirigée contre l'héritier lui-même, c'est qu'il est considéré comme suspect ; il est donc indispensable de le dessaisir des biens héréditaires, et d'en confier la gestion à un administrateur, investi de droits analogues à ceux du syndic chargé de préparer la

réalisation des biens du failli; or, ces mesures ne sont organisées nulle part.

On peut, au contraire, restreindre les effets de la séparation au règlement des rapports entre les deux masses de créanciers. Par rapport à l'héritier, la séparation des patrimoines et la fiction de la survie du défunt n'existent pas ; les biens de la succession et les siens se trouvent juridiquement confondus. Voici les déductions auxquelles aboutit ce système :

1° L'héritier peut aliéner les biens héréditaires puisqu'il en est propriétaire ;

2° Dans le cas où il existe plusieurs cohéritiers, chacun d'eux n'est tenu, que jusqu'à concurrence de la part dont il est saisi, du payement des dettes héréditaires qui se divisent de plein droit; dans cette mesure chacun d'eux est personnellement obligé sur son patrimoine.

Mais la fiction de la survie du défunt apparaît, dès qu'il s'agit de trancher un conflit entre les créanciers héréditaires d'une part et les créanciers de l'héritier de l'autre; donc :

1° L'héritier ne peut, sur les biens héréditaires qu'il a pourtant le droit d'aliéner, consentir, au profit de ses créanciers personnels, une hypothèque, un gage opposables aux créanciers du défunt.

2° Ceux-ci peuvent s'attaquer aux biens propres

de l'héritier seulement après que les créanciers personnels de ce dernier ont été entièrement désintéressés.

Ce système, qui semble avoir prévalu dans le droit romain (1), était généralement accepté par nos anciens auteurs. — Ainsi, Domat, tout en admettant que le gage et l'hypothèque ne sont pas opposables aux créanciers et aux légataires du défunt, décide que ceux-ci ne peuvent plus demander la séparation, dès que les biens ont été aliénés, « car ils n'ont pas acquis un droit de propriété par la mort de leur débiteur (2) ». — Malgré la séparation, l'héritier reste personnellement obligé envers les créanciers du défunt. « La séparation, dit « Pothier (3), est un bénéfice introduit en faveur des « créanciers, et ne doit pas être rétorqué con« tre eux ; en la demandant, ils n'ont pas eu l'in« tention de libérer l'héritier de l'obligation qu'il a « contractée envers eux par l'acceptation de la suc« cession, mais seulement d'être préférés sur les « biens du défunt aux créanciers de l'héritier... « Puisqu'on leur sépare les biens de la succession « dont les créanciers de l'héritier pourraient deman« der une concurrence avec eux, comme étant

---

(1) L. 1, 17 et L. 3, § 2. Dig. *de separ.* (XLVI, 2). Contrà Paul. L. 5, pr. *eod tit.*

(2) Domat. *Loix civiles.* Liv. III, tit. II, sect. 1, art. 5 (p. 214.)

(3) Domat. *eod. loc.*

« lesdits biens de la succession devenus les biens « de l'héritier par l'acceptation, il est équitable « qu'en conséquence les créanciers de la succes- « sion leur laissent les biens de l'héritier ».

Il est difficile de préciser quel est le système auquel se sont ralliés les rédacteurs du Code civil. Au lieu d'exprimer clairement leur opinion sur une matière qui soulève de sérieuses controverses, ils ont résumé toute la question dans cinq articles ambigus et même contradictoires. Quant aux travaux préparatoires, ils ne fournissent aucun renseignement ; au Conseil d'Etat, la discussion a été nulle, les articles ont été adoptés sans aucune observation. De là les incertitudes, les hésitations de la doctrine et de la jurisprudence.

A). — D'après un système qui compte de nombreux partisans, la séparation des patrimoines revêtirait sous l'empire du Code civil un caractère tout différent de celui qu'elle avait soit en Droit Romain, soit dans notre ancienne Jurisprudence. Il n'y a plus à parler de deux masses de biens, de deux débiteurs, de deux catégories de créanciers. Il n'y a plus qu'un seul patrimoine, celui de l'héritier, qu'un seul débiteur, l'héritier, qui se trouve personnellement obligé envers ses propres créan-

ciers et envers les créanciers héréditaires. Toutefois, pour protéger ces derniers contre les dangers pouvant résulter pour eux de la confusion des deux patrimoines, la loi leur accorde un privilége sur les biens de la succession. On est ainsi conduit aux solutions suivantes (1):

1° Dans le cas où les biens de la succession ne suffisent pas à les désintéresser entièrement, les créanciers séparatistes peuvent venir sur les biens de l'héritier *en concours* avec les créanciers personnels.

2° Les biens du défunt se trouvant grevés d'un privilège au profit des créanciers séparatistes, ceux-ci peuvent saisir les immeubles entre les mains des tiers acquéreurs (art. 2111 et 2166 du Code civil);

3° Dans le cas où le défunt laisse plusieurs héritiers, chacun d'eux n'est personnellement obligé envers les créanciers séparatistes que pour la part dont il est saisi (art. 1220 du Code civil): mais les biens héréditaires étant grevés d'un privilège, et le privilège étant de sa nature indivisible, il faut décider que chaque héritier est tenu pour le tout jusqu'à concurrence de ces biens dont il est détenteur. Toutefois, cette dernière conséquence est repoussée par MM. Blondeau et Demolombe.

---

(1) Blondeau, Demolombe, Hureaux.

Le système adopté dans notre Ancien Droit présentait, dit-on, de sérieux inconvénients. La séparation sans privilége, partant sans droit de suite, telle que la comprenaient Domat, Lebrun, Pothier, ne protège qu'insuffisamment les créanciers, ne leur accorde qu'une garantie absolument illusoire, que l'héritier est libre de faire disparaître en aliénant les biens de la succession.

Cette théorie, d'ailleurs, aboutit à des conséquences absolument inadmissibles. Comment concevoir que l'héritier puisse aliener les immeubles héréditaires, alors qu'il ne peut pas même les hypothéquer? Celui-là seul a le droit d'anéantir un gage qui a tout au moins le droit de le diminuer.

Aussi est-ce avec raison que les rédacteurs du Code ont rompu sur cette question avec la tradition de notre Ancien Droit, et substitué à un système inefficace et illogique, un autre système plus simple, plus net, et qui sauvegarde beaucoup mieux les interêts des créanciers héréditaires, en leur conférant la qualité de *créanciers privilégiés de l'héritier*.

L'intention du législateur à cet égard est manifeste. — « Article 2111 du Code civil. Les créan-
« ciers et légataires qui demandent la séparation
« du patrimoine, conformément à l'article 888, au
« titre des successions, conservent à l'égard des
« héritiers ou représentant du défunt leur *privi-*

« *lège* sur les immeubles de la succession, par les « inscriptions faites sur chacun des immeubles de « la succession dans les six mois de l'ouverture. » — Ainsi, dans cet article 2111 qui se trouve au titre des Priviléges et Hypothèques, la loi emploie le mot *privilége* pour déterminer le droit des créanciers héréditaires, de même que dans les articles précédents, 2108, 2109, 2110, elle se sert de l'expression *privilége* pour caractériser le droit du vendeur sur l'immeuble vendu, le droit du copartageant sur l'immeuble tombé dans le lot de son copartageant, le droit des architectes et des ouvriers sur la plus-value résultant des travaux qu'ils ont effectués ; on n'a jamais douté que ceux-ci ne jouissent d'un véritable privilége, pourquoi voudrait-on qu'il en fût autrement en ce qui concerne les créanciers séparatistes ? Il est impossible de supposer que dans un chapitre spécialement consacré aux priviléges, les rédacteurs du Code aient appelé de ce nom une garantie qui n'en est pas un.

D'ailleurs, l'article 2111 n'est pas le seul que l'on puisse invoquer ; l'article 2113, qui se réfère aux articles précédents, et notamment à l'article 2111, décide que « toutes créances privilégiées soumises « à la formalité de l'inscription, à l'égard desquelles « les conditions ci-dessus prescrites n'auront pas « été accomplies, ne cessent pas néanmoins d'être

« hypothécaires ; mais l'hypothèque ne date, à « l'égard des tiers, que de l'époque des inscrip- « tions ». Ainsi le droit accordé aux créanciers héréditaires peut dégénérer en une simple *hypothèque ;* ne doit-on pas en conclure que ce droit, alors qu'il existe dans toute sa force, est quelque chose de plus, qu'il est une *hypothèque privilégiée.*

B). — Malgré la force de ces considérations et de ces arguments de textes, nous ne pensons pas que sous l'empire du Code civil la séparation constitue un véritable privilége.

Tout d'abord l'interdiction d'hypothéquer n'entraîne pas nécessairement l'interdiction d'aliéner. Le Code civil lui-même autorise l'aliénation alors qu'il défend l'hypothèque. — Ainsi, l'article 859 déclare que les immeubles ne sont pas rapportables en nature s'ils ont été aliénés ; si donc une aliénation a eu lieu, elle est respectée. L'article 865 déclare, au contraire, que si un tel immeuble a été hypothéqué, il sera rapporté franc et quitte de toutes les charges créées par le donataire. — Il est généralement admis que l'immeuble dotal stipulé aliénable ne peut pas être hypothéqué. — Dans la matière de la séparation des patrimoines, cette anomalie apparente s'explique naturellement ; elle résulte de ce que la fiction de la survie du défunt se trouve restreinte aux relations réciproques des

deux catégories de créanciers. En tant qu'il s'agit de régler leurs droits respectifs, le défunt est censé revivre : les créanciers de l'héritier ne peuvent donc pas, sur le patrimoine du défunt, acquérir aucun droit opposable aux créanciers séparatistes ; à l'inverse, ces derniers ne peuvent se venger sur les biens de l'héritier, qu'après que les créanciers de celui-ci ont été entièrement désintéressés. Mais la séparation ne modifie nullement les droits de l'héritier qui, propriétaire des biens de la succession, peut parfaitement les aliéner.

On reproche à la théorie de notre Ancien Droit de laisser les créanciers exposés à toutes les fraudes possibles résultant de l'aliénation des biens héréditaires consentie par l'héritier. Mais s'il y a eu fraude concertée entre l'héritier et l'acquéreur, rien n'empêche les créanciers d'attaquer l'aliénation par l'action Paulienne.

D'ailleurs la séparation n'est pas destinée à mettre les créanciers à l'abri de tout péril, mais simplement à les protéger contre le danger résultant de la confusion des deux patrimoines qui, si elle était maintenue, permettrait aux créanciers personnels de l'héritier de venir se faire payer sur les biens de la succession et de diminuer ainsi d'autant le gage des créanciers et des légataires du défunt.

En tout cas, ces objections théoriques, fussent-

elles réellement fondées, ne suffiraient pas à faire rejeter la théorie de Pothier. Nous avons à rechercher ici non pas ce qu'aurait dû faire le législateur, mais simplement ce qu'il a voulu faire, et nous devons nous attacher exclusivement à pénétrer sa pensée.

Un premier point est certain. Au titre des successions, les rédacteurs du Code ont certainement entendu suivre les errements de notre Ancien Droit ; les articles 878, 879 ont été copiés presque textuellement dans Pothier ; et au Conseil d'Etat, Portalis déclare inutile d'entrer dans des détails au sujet de la séparation, « parce qu'elle a été maintenue telle qu'elle a été pratiquée jusqu'à ce jour ».

La question est donc de savoir si, au titre des Priviléges et Hypothèques, les rédacteurs ont voulu modifier la nature de la séparation en conférant aux créanciers du défunt la qualité de *créanciers privilégiés de l'héritier*. Malgré les textes invoqués nous ne le pensons pas ; un changement aussi important aurait nécessairement soulevé au Conseil d'Etat des discussions, dont on devrait retrouver la trace.

Les textes eux-mêmes ne sont nullement décisifs. Le mot « privilége » sur lequel on s'appuye, s'explique naturellement si l'on réfléchit que nos anciens auteurs qualifiaient déjà de privilége le droit résultant de la séparation, bien qu'ils ne

lui en reconnussent pas le caractère. Quoi d'étonnant alors que les rédacteurs du Code, qui leur empruntaient leur théorie, leur aient aussi emprunté leur terminologie, et aient ainsi reproduit une expression assurément inexacte, mais consacrée par la tradition?

Les termes mêmes de l'article 2111 excluent toute idée d'innovation. — « *Les créanciers... conservent leur privilège* » ; — il s'agit simplement de subordonner à l'accomplissement de certaines formalités l'exercice d'un droit dont la nature a déjà été antérieurement déterminée. — « *Conformément à l'article 878 au titre des successions* » ; — l'article 2111 se réfère ici à un texte qui consacre la doctrine de Pothier. — « Les *créanciers ou légataires qui demandent la séparation... conservent à l'égard des créanciers des héritiers* » ; — la séparation est dirigée contre les créanciers de l'héritier, mais non pas contre l'héritier lui-même pour qui elle est *res inter alias acta.*

L'objection tirée de l'article 2113 du Code Civil ne saurait nous arrêter. Il est faux de soutenir que le droit conféré aux créanciers et légataires du défunt se change en hypothèque, quand l'inscription prévue par l'article 2111 n'a pas été prise dans les six mois depuis l'ouverture de la succession. Cet article dit simplement que les créances privilégiées,

à l'égard desquelles les formalités prescrites pour conserver le privilége n'ont pas été accomplies, dégénèrent en créances hypothécaires. Pour que les créanciers héréditaires négligents pussent prétendre avoir une hypothèque sur les immeubles de la succession, il faudrait qu'ils aient eu dès l'origine un privilége. Or tel n'est pas le cas ; ils n'ont jamais eu qu'un simple droit de préférence, qui ne peut pas, en dégénérant, se transformer en hypothèque. Toutefois ils ont intérêt à faire dans les délais voulus l'inscription prévue par l'article 2111 ; en effet, prise dans les six mois à compter de l'ouverture de la succession, elle a un effet rétroactif leur permettant de primer même les créanciers hypothécaires de l'héritier qui auraient acquis sur certains immeubles de la succession une hypothèque régulièrement inscrite ; prise après l'expiration de ce délai, elle n'a plus d'effet qu'à sa date et ne peut plus être opposée qu'aux créanciers hypothécaires de l'héritier qui se sont inscrits postérieurement.

En recherchant dans les travaux préparatoires l'origine de l'article 2111, on est amené à reconnaître que le législateur a voulu conserver à la séparation des patrimoines le caractère qu'elle avait dans l'Ancien Droit. L'article 8 du titre VI du projet relatif aux Priviléges et Hypothèques présenté par le Tribunal de Cassation était ainsi conçu :

« Article 8. — Les créanciers privilégiés sur les « immeubles sont :

« 1° Les créanciers et les légataires du défunt « sur les biens de la succession. — Ils conservent « ce privilége par les inscriptions faites sur cha- « cun de ces biens dans les six mois à compter de « l'ouverture de la succession. — Avant l'expi- « ration de ce délai aucune hypothèque ne peut « être consentie avec effet sur ces biens, par les hé- « ritiers, au préjudice des créanciers ou léga- « taires.

« 2° Le vendeur sur l'immeuble vendu. Ce pri- « vilége est conservé...

« 3° Le cohéritier ou copartageant ».

Le Tribunal de Cassation accordait ainsi aux créanciers un véritable privilége. Mais le Conseil d'Etat, chargé de l'examen du projet, lui fit subir de nombreuses modifications. Ainsi, notamment, la première partie du paragraphe premier disparut d'une manière définitive ; la seconde partie fut conservée dans une section qui ne s'occupe que du droit de préférence. Ne doit-on pas en conclure que le Conseil d'Etat a ainsi repoussé implicitement l'innovation proposée ? Sans doute dans l'article 2111 se trouve le mot « *privilége* », mais c'est là une expression inexacte, comme on en rencontre quelquefois dans nos Codes, et que les rédacteurs du Code Civil ont cru pouvoir conserver, puisqu'elle

était couramment employée par nos anciens auteurs (1).

---

(1) Ce dernier système est défendu par Mourlon. *Examen critique et pratique du Commentaire de M. Troplong*, tom II, page 921. MM. Aubry et Rau adoptent ce système dans ses grandes lignes : ils repoussent le droit de suite, l'indivisibilité des dettes héréditaires ; mais ils refusent aux créanciers de l'héritier un droit de préférence sur les biens de leur débiteur à l'encontre des créanciers séparatistes.

CHAPITRE IV

EFFETS DE LA SÉPARATION DES PATRIMOINES

Après avoir ainsi déterminé la nature de la séparation, il nous reste à en rechercher les effets :

1° Vis-à-vis des héritiers du débiteur dans leurs rapports avec les créanciers héréditaires ;

2° Vis-à-vis des créanciers personnels de l'héritier dans leurs rapports avec les créanciers héréditaires ;

3° Vis-à-vis des tiers qui ont acquis des droits sur les biens de la succession ;

4° Vis-à-vis des créanciers et des légataires du défunt dans leurs rapports respectifs.

Section I. — Effets de la séparation vis-à-vis des héritiers du débiteur dans leurs rapports avec les créanciers héréditaires.

D'après le système auquel nous avons cru devoir nous rallier, la séparation ne produit d'effet qu'entre les deux catégories de créanciers. Elle n'apporte aucun changement aux relations que la transmission héréditaire avait créées entre les créanciers et les légataires du défunt, d'une part, et l'héritier, de l'autre ; celui-ci reste, avant comme après, investi des mêmes droits, soumis aux mêmes obligations. De ce principe se déduisent les conséquences suivantes :

1° L'héritier est personnellement obligé envers les créanciers et les légataires du défunt qui, malgré la séparation, pourront s'attaquer à son propre patrimoine, si les biens de la succession n'ont pas suffi à les désintéresser entièrement ;

2° Dans le cas où il existe plusieurs héritiers, il faut appliquer l'article 1220 du Code civil, qui proclame le principe de la division des dettes entre les cohéritiers, et décider que chacun d'eux n'est tenu des charges de la succession que pour la part dont il est saisi.

1° *L'héritier est personnellement obligé envers les créanciers héréditaires.*

Les jurisconsultes romains étaient divisés sur le point de savoir si les créanciers, auxquels les biens de la succession n'avaient procuré qu'un paiement partiel, pouvaient recourir pour le surplus contre l'héritier. — Paul et Ulpien soutenaient la négative (1). Par suite de l'adition d'hérédité, l'héritier est devenu le débiteur des créanciers et des légataires du défunt. Toutefois, ceux-ci peuvent repousser ce débiteur qu'ils n'ont pu ni connaître ni choisir ; mais ils doivent peser mûrement les conséquences de l'option que la loi leur accorde : s'ils réclament la séparation, ils rompent le lien qui les unissait à l'héritier ; celui-ci n'est plus, à leur égard, qu'un simple détenteur de biens qui sont leur gage exclusif ; il est délié de toute obligation personnelle. Cependant Ulpien apportait un tempérament à cette rigueur, en permettant aux créanciers héréditaires, qui avaient été victimes d'une erreur, de réclamer l'intervention du préteur, à l'effet d'obtenir une *Restitutio in Integrum* contre la demande en séparation qu'ils avaient formée à tort. — Papinien, au contraire, permettait dans tous les cas aux créanciers séparatistes de s'attaquer aux biens person-

(1) L. I, § 17, L. 5. Dig. *De separat.* (XLII).

nels de l'héritier, après que les créanciers personnels de celui-ci avaient été complètement désintéressés (1). Cette solution se justifie aisément. Au lieu d'attribuer à la *separatio bonorum* des effets absolus, le jurisconsulte romain la considère comme purement relative, n'ayant d'effet et de portée qu'entre les deux masses de créanciers, en sorte que, l'une d'elles venant à disparaître, le droit commun reprend son empire au profit de l'autre.

C'est à cette dernière doctrine que s'étaient ralliés nos anciens auteurs, Domat, Lebrun, Pothier (2). De nos jours il est généralement admis que les créanciers héréditaires, en cas d'insuffisance des biens de la succession, peuvent s'attaquer au patrimoine propre de l'héritier. C'est en faveur des créanciers héréditaires qu'a été instituée la séparation ; l'héritier ne peut donc pas l'invoquer pour se prétendre libéré de toute obligation personnelle (3). Mais une autre question se présente. Les créanciers qui ont demandé la séparation peuvent-ils dans ce cas concourir au marc le franc avec les créanciers personnels de l'héri-

---

(1) L. 3, § 2, *eod. tit.*

(2) Domat. *Loix civiles*, Liv. III, tit. II, sect. II, n° 9 (p. 214). — Lebrun, *Succ.*, Liv. IV, ch. II, sect. 1, n°s 26 et 27 (p. 629 et suiv.). — Pothier, *Succ.*, ch. V, art. 4 (p. 269).

(3) En ce sens, Aubry et Rau, t. VI, § 619, note 64. — Demolombe, *Succ.*, V, n°s 218 et suiv. — En sens contraire, Bugnet sur Pothier, t. VIII, p. 221.

tier? ceux-ci, au contraire, n'ont-ils pas à leur tour un droit de préférence sur les biens de leur débiteur? Telle est la controverse sur laquelle nous aurons à nous prononcer dans la section suivante.

2° *Chaque cohéritier n'est tenu des dettes et charges de la succession que pour la part dont il est saisi.*

Prenons l'hypothèse suivante : le défunt laisse en mourant deux héritiers :

Primus, auquel est attribué l'immeuble A valant 10,000 francs ;

Secundus, qui est rempli de ses droits à l'aide de valeurs mobilières ;

Tertius, créancier, à qui il est dû 10,000 francs.

Celui-ci pourra-t-il réclamer à l'un quelconque des héritiers, à Primus par exemple, le payement intégral de sa créance? sera-t-il au contraire obligé de diviser son action et de n'agir contre chacun des deux héritiers que dans la mesure de leur part héréditaire, soit pour 5,000 francs dans l'exemple cité?

A.) Un parti important dans la doctrine soutient que la séparation des patrimoines fait obstacle à la division des dettes entre les héritiers (1). Chaque

(1) Colmet de Santerre, t. III, n° 222 *bis*, II. — Barafort, *op. cit.* n°s 187 à 191. — Dollinger, *op. cit.* n° 128 (rev. crit., t. XXV, p. 348. — Laurent, X, n° 64. — Caen, 19 janv. 1855 (*Sir.* 57, 2, 294).

héritier, même en dehors de la part pour laquelle il est personnellement obligé, est tenu des dettes héréditaires jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'il a recueillis. Les partisans de ce système invoquent les arguments suivants :

a) La division des dettes est une conséquence de la transmission héréditaire. Mais par suite de la séparation, le défunt est censé revivre ; les créanciers ont donc le droit de poursuivre sur n'importe quel bien dépendant de la succession le payement intégral de leurs créances, comme ils pouvaient le faire du vivant de leur débiteur.

b) Ce système seul assure une protection efficace aux créanciers du défunt. Le partage des biens héréditaires n'a pas toujours lieu d'une manière égale ; dans une succession composée de meubles et d'immeubles, l'un des héritiers peut recevoir tous les immeubles, l'autre, tous les meubles qu'il est facile de soustraire au gage des créanciers héréditaires. Il arrive parfois qu'un cohéritier a reçu en avancement d'hoirie une donation équivalente, ou à peu près, à sa part héréditaire, de telle sorte que, par suite du rapport en moins prenant, tout l'actif de la succession est dévolu à son cohéritier. Dans ces hypothèses, si le principe de la division des dettes est opposable aux créanciers héréditaires, ceux-ci ne recevront qu'un payement partiel, alors même que leur débiteur aurait laissé un

actif supérieur ou tout au moins égal à son passif. C'est là une conséquence qui ne saurait être admise.

c) La loi permet aux légataires de réclamer le payement intégral de leurs legs aux héritiers détenteurs d'immeubles héréditaires (article 1017 du Code civil), et ce droit serait refusé aux créanciers. Il n'est pas possible de supposer que la loi se montre moins vigilante à l'égard des créanciers *qui certant de damno vitando*, qu'à l'égard des légataires *qui certant de lucro captando*.

d) D'ailleurs, la séparation crée au profit des créanciers séparatistes un privilége qui porte sur tous les biens de la succession. Le privilége étant de sa nature indivisible, les créanciers peuvent s'attaquer à n'importe quel bien dépendant de la succession, et forcer l'héritier dans le lot duquel il est tombé à acquitter la dette toute entière. Personnellement, l'héritier n'est tenu que jusqu'à concurrence de la part pour laquelle il continue la personne du défunt, mais il est détenteur de biens qui sont grevés d'un privilége garantissant l'acquittement de toutes les charges héréditaires.

B.) — En restreignant les effets de la séparation à un simple droit de préférence, nous avons implicitement pris parti dans la controverse. La séparation respecte les conséquences de la saisine, elle n'apporte aucune modification à la position des hé-

ritiers qui ne sont pas partie dans l'instance. Il n'existe donc aucune raison pour écarter le principe de la division des dettes proclamé par l'article 1220 du Code civil. Dans l'espèce proposée, Tertius ne pourra réclamer à chacun des cohéritiers que 5,000 francs. — Mais il nous semble que le système précédent doit être rejeté même par ceux qui attribuent à la séparation le caractère d'un véritable privilége.

a) Le principe de l'indivisibilité du privilége n'est certainement pas en jeu dans la question. Sans doute, quand le débiteur d'une dette privilégiée meurt en laissant plusieurs héritiers, malgré la division de la dette qui s'est opérée de plein droit, l'héritier, auquel est attribué l'immeuble grevé du privilége, est hypothécairement tenu pour le tout. Mais toute différente est la situation dans le cas qui nous occupe. Le créancier du défunt n'avait aucun privilége sur les biens de son débiteur tant que celui-ci vivait. Son privilége (en admettant que tel puisse être le résultat de la séparation) date seulement du jour du décès. A ce moment sa créance s'est transformée en même temps qu'elle s'est divisée ; au lieu d'une seule créance chirographaire, il a acquis autant de créances privilégiées qu'il y a d'héritiers. Or, le privilége est un droit accessoire et ne peut avoir plus d'étendue que la créance qu'il garantit ; le créancier du dé-

funt, n'étant créancier de chaque héritier que pour la part dont celui-ci est saisi, ne peut être privilégié au delà de cette part.

Les partisans de l'indivisibilité ont cherché à réfuter l'objection. Chaque créancier du défunt, disent-ils, acquiert au jour du décès autant de créances privilégiées qu'il y a d'héritiers, soit ; — mais tant que dure l'indivision, chacun de ces priviléges distincts porte sur la part indivise à laquelle chaque héritier débiteur a droit dans les biens de la succession. Quant à la suite du partage chaque héritier reçoit certains biens, il est naturellement obligé de respecter les charges hypothécaires provenant du chef de ses cohéritiers qui lui ont abandonné leurs droits ; ces biens répondent donc, avant comme après le partage, du paiement de toutes les dettes. — Ce raisonnement n'a aucune valeur sous l'empire du Code civil qui attribue au partage un effet déclaratif. Chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot (art. 883 du Code civil). Ceux-ci ne peuvent donc pas être grevés de priviléges ou hypothèques du chef des autres héritiers qui n'ont jamais eu aucun droit sur ces biens.

b) Sans doute l'article 1017 crée aux légataires une situation plus avantageuse. Mais cette anomalie apparente s'explique dans une certaine mesure. Les légataires ne pouvaient réclamer aucune

garantie particulière. Au contraire, les créanciers héréditaires pouvaient exiger des sûretés spéciales ; s'ils ne l'ont pas fait, ils doivent s'en prendre à eux d'avoir stipulé sans la prévoyance qu'ils demandent à la loi d'avoir pour eux. Dans tous les cas, ils peuvent intervenir au partage pour empêcher qu'il ne soit fait en fraude de leurs droits (1).

---

(1) *En ce sens*, Aubry et Rau, tom. VI, § 619, nº 68. — Blondeau, *op. cit.*, p. 573 et s. — Demolombe, *Success.*, tom. V, nº 211. — Cass. 9 juin 1857 (*D. P.* 57, 1, 295). — Rennes, 14 janv. 1858 (*D. P.* 58, 2, 54). — Caen, 9 févr. 1860 (*D. P.* 60, 2, 193). — Nancy, 13 avril 1867 (*D. P.* 67, 2, 103).

Section II. — Effets de la séparation vis-à-vis des créanciers personnels de l'héritier, dans leurs rapports avec les créanciers héréditaires.

I. — Les créanciers et les légataires du défunt ont, sur les biens de la succession, un droit de préférence à l'encontre des créanciers personnels de l'héritier. Ce droit de préférence, qui est le but immédiat de la séparation, n'est contesté par personne.

II. — Ainsi que nous l'avons vu, les créanciers et les légataires du défunt que les biens héréditaires n'ont pas suffi à désintéresser entièrement, peuvent pour le surplus s'attaquer aux biens personnels de l'héritier. Mais peuvent-ils dans ce cas concourir avec les créanciers de celui-ci? ces derniers au contraire n'ont-ils pas à leur tour un droit de préférence sur les biens de leur débiteur? Cette question se rattache à la controverse sur la nature même de la séparation. — Considère-t-on la séparation comme engendrant un droit de privilége, on est conduit à accepter la théorie du concours ; en effet, un créancier peut, sur les biens de son débiteur qui ne sont pas atteints par son privilége, concourir

(1) Demolombe, *success.* t. V. n° 220. — Duranton, VII, 500 et 501. — Nicias Gaillard, *op. cit.* (rev. crit., t. VIII, p. 193). — Aubry et Rau, VI, § 619, note 64. — Dufresne, *op. cit.*, n° 110. — Ces deux

avec les créanciers chirographaires de celui-ci (1). Admet-on, au contraire, que la séparation revêt de nos jours le même caractère qu'elle avait dans notre Ancien Droit, on est amené à décider que, sur les biens propres de l'héritier, les créanciers du défunt doivent être primés par les créanciers personnels de celui-ci. Le défunt est censé revivre dès qu'il y a lieu de régler un conflit d'intérêts entre ces deux catégories de créanciers ; l'héritier, tant que ses créanciers personnels ne sont pas entièrement désintéressés, ne doit rien aux séparatistes qui dès lors ne peuvent pas s'attaquer à son patrimoine.

Cette dernière opinion, à laquelle nous sommes obligés de nous rallier, n'est nullement en contradiction avec l'article 881 qui décide que les créanciers héréditaires seuls sont admis à demander la séparation. Sans doute à eux seuls est réservé le droit d'accepter ou de repousser la confusion des deux patrimoines résultant de la transmission héréditaire. Mais ils doivent accepter les conséquences du parti auquel ils s'arrêtent. Les créanciers de l'héritier sont parfaitement fondés à

---

derniers auteurs refusent pourtant à la séparation le caractère de privilége ; ils abandonnent ainsi un des arguments les plus considérables que l'on puisse faire valoir contre le système qu'ils combattent, car si sur un point on admet que le Code s'est écarté de notre Ancien Droit, comment répondre victorieusement aux partisans du privilége qui soutiennent que les rédacteurs du Code ont complétement abandonné la théorie de Pothier ?

venir leur dire : « Vous, créanciers héréditaires, « vous voulez la séparation ; nous ne pouvons nous « y opposer, mais au moins qu'il y ait séparation. Contentez-vous des biens de votre débiteur défunt, comme nous sommes obligés de « nous contenter des biens de notre débiteur son « héritier. Ou bien préférez-vous la confusion ? « L'article 881 nous empêche d'user de la séparation, mais alors nous partagerons tous ensemble « au marc le franc. Choisissez !.... Vous êtes maîtres de la situation, mais ne prétendez pas qu'il « y ait simultanément séparation et confusion ; « séparation contre nous, confusion pour vous ; « deux patrimoines à notre égard, un seul au « vôtre ; deux débiteurs quant à nous, un seul « quant à vous (1). »

Telle était d'ailleurs la solution déjà admise par nos anciens auteurs (2) auxquels les rédacteurs du Code ont certainement entendu se référer. L'article 879 le démontre d'une manière évidente. Pourquoi les créanciers et les légataires du défunt, qui

---

(1) Dollinger, *op. cit.*, numéros 135 et suiv. (rev. crit., t. XXV, p. 362 et suiv.) — Marcadé sur l'art. 880, n° 6. — Malleville sur l'art. 878. — Mourlon, *Répét. écr.* II, numéros 461 et 462.

(2) Domat. *Loix civiles*, liv. III, tit. II, sect. 1, n° 9 (p. 214). — Lebrun, *success.*, liv. IV, ch. II, sect. 1, n° 26 (p. 629) et suiv.) — Pothier, *success.*, ch. V, art. 4, (p. 269). — *Introduction au tit.* XVII, *de la cout. d'Orléans*. Sect. VII, art. 4, n° 129 (p. 1688).

ont accepté l'héritier pour débiteur, sont-ils déchus du droit de demander la séparation ? C'est que deux partis, présentant chacun des avantages différents, s'offrent à eux ; la loi leur donne le droit de choisir, mais en acceptant l'un ils renoncent implicitement à l'autre.

Section III. — Effets de la séparation à l'égard des tiers qui ont acquis des droits sur les biens de la succession.

§ 1. — Effets de la séparation à l'égard des tiers qui ont acquis des droits sur les immeubles de la succession.

Quatre hypothèses sont à prévoir en ce qui concerne les immeubles dépendant de la succession : 1° l'héritier peut les avoir aliénés ; 2° il peut les avoir grevés d'une servitude réelle ou personnelle ; 3° il peut les avoir hypothéqués ou donnés en nantissement (antichrèse) ; 4° il peut les avoir donnés à bail.

1° *Effets de la séparation vis-à-vis du tiers acquéreur de la pleine propriété d'un immeuble héréditaire.*

La séparation confère-t-elle aux créanciers séparatistes un droit de suite leur permettant de suivre leur gage entre les mains de ce tiers acquéreur ? La réponse à cette question dépend naturellement du caractère que l'on attribue à la séparation.

Les partisans du privilége appliquent ici la théorie générale des priviléges et hypothèques. L'immeuble est grevé d'un privilége au profit des

créanciers du défunt au moment où il entre dans le patrimoine de l'héritier. Celui-ci ne pouvant transmettre plus de droits qu'il n'en a, il en résulte que l'acquéreur, son ayant-cause, se trouve hypothécairement obligé envers les créanciers qui peuvent saisir l'immeuble entre ses mains et le faire vendre pour se payer sur le prix (1).

Toutefois, pour conférer le droit de suite contre le tiers acquéreur, le privilége doit avoir été inscrit avant que l'acte d'aliénation lui-même ait été transcrit. Aucune difficulté ne se présente quand cette transcription a lieu après les six mois depuis l'ouverture de la succession, mais que décider dans le cas où cette transcription est effectuée avant l'expiration de ce délai de six mois que la loi impartit aux créanciers héréditaires pour publier leur privilége? C'est là un point délicat sur lequel les partisans du droit de suite sont loin d'être d'accord.

Dans un premier système, on soutient que l'inscription à fin de séparation ne peut être prise après la transcription contre le tiers acquéreur, afin d'engendrer contre lui le droit de suite (2). — En

---

(1) Barafort, *op. cit.*, nº 178 et suiv.. — Colmet de Santerre, t. III, 222 *bis*, I. — Demolombe, *Succ.*, V, nº 208. — Genty, *op. cit.*. (rev. crit), t. VIII, p. 344 et suiv. — Orléans, 22 août 1840 (cité et commenté par Barafort). — Req., 27 jnillet 1870. (*D. P.*, 71, 1, 352).

(2) Colmet de Santerre, III, nº 222 *bis*, I. — Demolombe, *Succ.*, tom. V, nº 202.

effet, le paragraphe 2, de l'article 6 de la loi du 23 mars 1855, qui accorde au copartageant, au vendeur, un délai préfix pour publier leur droit, ne s'est nullement occupé de la séparation des patrimoines ; celle-ci reste donc soumise à la règle générale posée par le premier alinéa de l'article 6 de cette même loi ainsi conçu : — « A partir de la « transcription, les créanciers privilégiés ou ayant « hypothèque aux termes des articles 2123, 2127 « et 2128 du Code civil, ne peuvent utilement « prendre inscription sur le précédent propriétaire ». — Cette solution présente de sérieux inconvénients. « Dans l'état actuel, dit M. Demolombe, le droit de suite est bien peu garanti, il « est clair que la séparation est surtout demandée « dans le cas où l'héritier n'est pas solvable ; et « alors précisément il est fort à craindre qu'il ne « s'empresse de réaliser les valeurs de la succession au moyen d'une aliénation qui enlèvera « aux créanciers du défunt et aux légataires leur « droit de suite, si l'acquéreur fait, sans retard, « transcrire son contrat ».

Aussi ce système est-il repoussé par d'autres partisans du privilége (1), qui invoquent à l'appui de leur thèse l'argument suivant : Sous l'empire du

(1) Barafort, n° 153. — Dall. Jur. gén., *Transcription hypothécaire*, n°s 574 et suiv.

Code de procédure civile, il était généralement admis que les articles 834 et 835 de ce Code ne s'appliquaient pas à la séparation des patrimoines, et que l'inscription de l'article 2111 du Code civil, pourvu qu'elle soit opérée dans les six mois depuis l'ouverture de la succession, conservait intacts les droits des créanciers et des légataires du défunt, bien qu'elle n'eût été prise qu'après la quinzaine de la transcription de la vente consentie par l'héritier (1). L'article 6 de la loi du 23 mars 1855, qui a pour objet l'abrogation des articles 834 et 835 du Code de Procédure civile, ne s'applique qu'aux cas régis auparavant par ces mêmes articles ; il n'apporte donc aucun changement aux droits des créanciers héréditaires, qui ont, dans tous les cas et nonobstant toute aliénation, un délai de six mois pour publier leur privilége. On sacrifie de la sorte, il est vrai, les intérêts de l'acquéreur, qui se trouve menacé d'une expropriation alors même qu'il a fait transcrire son contrat ; mais il savait que l'immeuble à lui vendu dépendait de la succession et que les créanciers avaient un délai de six mois pour faire inscrire leur privilége; il devait donc attendre, avant de payer son prix entre les mains de l'hé-

(1) Voir les autorités cités par M. Barafort, *eod. loc.*.

ritier ; s'il ne l'a pas fait, il a été imprudent, il doit supporter les conséquences de sa faute (1).

Nous n'avons pas à prendre parti dans une controverse qui s'élève sur les conséquences d'un principe que nous repoussons. Pour nous, le seul résultat de la séparation est de créer sur les biens de la succession, au profit des créanciers du défunt, un droit de préférence à l'encontre des créanciers personnels de l'héritier. Le tiers à qui l'héritier a vendu un immeuble dépendant de la succession n'a pas à redouter les effets d'un privilége qui n'existe pas. Il peut valablement payer son prix entre les mains de l'héritier. Ce dernier point, toutefois, a été contesté par M. Dufresne (2) qui s'appuye sur le droit de préférence résultant de la séparation pour soutenir qu'un tel payement n'est pas libératoire vis-à-vis des créanciers héréditaires inscrits soit dans les six mois depuis l'ouverture de la succession, soit avant la transcription de l'acte d'aliénation. Cette restriction ne saurait être admise ; le droit de préférence ne peut être invoqué que là où il y a concours entre deux caté-

---

(1) Tel est le système consacré par la loi belge du 16 décembre 1851 sur la révision du régime hypothécaire ; l'article 39 dispose que dans les six mois depuis l'ouverture de la succession, aucune hypothèque ne peut être établie sur les immeubles, aucune aliénation d'immeubles ne peut être consentie par les héritiers ou représentants du défunt, au préjudice des créanciers et légataires.

(2) Dufresne, *op. cit.*, nº 89.

gories de créanciers ; il est absolument sans effet dans les relations qui existent entre l'héritier et le tiers acquéreur.

Nous réservons bien entendu le cas de fraude. S'il est démontré que l'héritier a aliéné l'immeuble de la succession alors qu'il se savait insolvable et que l'acheteur a eu connaissance de cette situation, les créanciers pourront attaquer l'aliénation et en demander la nullité par la voie de l'action Paulienne. L'inscription prévue par l'article 2111 pourra fournir une présomption grave de mauvaise foi, et faciliter la preuve exigée par l'article 1167 du Code Civil.

De même, tant que l'acquéreur n'a pas payé son prix à l'héritier, les créanciers et les légataires du défunt peuvent former une saisie-arrêt, et empêcher de la sorte que le payement fait ultérieurement ne soit libératoire à leur égard (Art. 1242 du Code civil).

2° *Effets de la séparation vis-à-vis des tiers qui ont acquis des servitudes réelles ou personnelles.* On est naturellement conduit à admettre les mêmes solutions que dans le paragraphe précédent, *mutatis mutandis.*

3° *Effets de la séparation vis-à-vis des tiers auxquels l'héritier a consenti sur un immeuble*

héréditaire, soit une hypothèque, soit un droit d'antichrèse.

Quel que soit le caractère que l'on attribue à la séparation, qu'on la considère comme créant un véritable privilége, qu'on restreigne ses effets à un simple droit de préférence, on arrive toujours à la même solution.

A.) — En ce qui concerne l'hypothèque, l'article 2111 est formel. Les séparatistes ont un droit de préférence opposable à tous les créanciers hypothécaires de l'héritier. Ce droit est soumis à une formalité, l'inscription ; prise dans les six mois depuis l'ouverture de la succession, elle a un effet rétroactif, qui permet aux séparatistes de primer les créanciers hypothécaires de l'héritier, quelle que soit l'époque à laquelle ces derniers aient publié leur hypothèque ; prise après l'expiration de ce délai, elle n'a plus d'effet qu'à sa date, de telle sorte que les séparatistes négligents se trouvent primés par tous les créanciers hypothécaires ou privilégiés de l'héritier, dont les privileges ou hypothèques sont devenus efficaces à l'égard des tiers antérieurement à cette inscription.

B.) — Quel sera le sort d'un droit d'antichrèse consenti par l'héritier sur un immeuble dépendant de la succession ? Nous ne nous arrêterons pas à discuter le point de savoir si l'antichrèse constituait sous l'empire du Code civil un droit réel ou per-

sonnel, et si la loi du 23 mars 1855 lui a imprimé un nouveau caractère. La question n'offre pas d'intérêt pour nous, puisque réel ou personnel, le droit de l'antichrésiste, publié conformément à la loi, est opposable aux tiers.

Deux hypothèses sont à prévoir.

a) L'antichrésiste transcrit l'acte constitutif de son droit après que les créanciers héréditaires ont requis l'inscription prévue par l'article 2111 ; ou bien l'antichrésiste opère la transcription dans les six mois depuis l'ouverture de la succession ; puis les créanciers héréditaires avant l'expiration de ce délai remplissent les formalités conservatoires de leurs droits.

Les auteurs, qui admettent que la séparation crée un véritable privilége, sont conduits à décider que l'héritier n'a pu constituer cette antichrèse que sous réserve du privilége dont l'immeuble était grevé entre ses mains. L'antichrésiste ne peut donc pas opposer son droit de rétention aux créanciers regulièrement inscrits.

La même solution doit être acceptée par les auteurs qui pensent que le Code civil a conservé à la séparation le caractère qu'elle avait dans notre Ancien Droit. Il s'agit, en effet, de régler un conflit d'intérêts entre les séparatistes et un créancier personnel de l'héritier, l'antichrésiste. Il faut donc recourir à la fiction de la survie du défunt ; celui-ci

étant censé revivre, il en résulte que la constitution d'antichrèse, consentie par l'héritier sur un immeuble dépendant de la succession, est nulle vis-à-vis des séparatistes comme faite *a non domino* ; à leur égard l'antichrèse n'existe pas ; ils ont le droit de saisir l'immeuble et de le faire vendre sans tenir compte de ce droit qui ne pourra pas être opposé au tiers acquéreur.

b) L'antichrésiste transcrit avant les créanciers séparatistes, lesquels laissent passer le délai de six mois sans requérir l'inscription prévue par l'article 2111.

Dans ce cas, l'antichrésiste, à raison de son antériorité, primera les séparatistes ; ceux-ci, en effet, quand ils ne sont pas inscrits dans les délais voulus, ne peuvent se prévaloir à l'égard des tiers du droit résultant pour eux de la séparation que du jour où ils ont satisfait aux formalités requises par la loi ; ils doivent donc céder le pas à l'antichrésiste dont le droit est devenu définitif *erga omnes*, avant que leur droit de préférence lui soit opposable.

4° *Effets de la séparation vis-à-vis du tiers auquel l'héritier a donné à bail un immeuble héréditaire.*

Si l'on admet, ainsi que nous l'avons fait, que la séparation engendre un simple droit de préférence

au profit des créanciers et des légataires du défunt, on est conduit à décider que l'héritier, qui peut aliéner les immeubles héréditaires, peut *a fortiori* les donner à bail, et que les créanciers même régulièrement inscrits ne sont jamais fondés à en critiquer la durée. Ils sont tenus de respecter les baux de plus de 18 ans, alors même que ceux-ci n'auraient été transcrits qu'après qu'ils ont eux-mêmes fait l'inscription exigée par l'article 2111 du Code civil. Sans doute un immeuble se trouve quelquefois déprécié par suite d'un bail d'une trop longue durée ; mais l'héritier, qui a le droit d'anéantir le gage des créanciers du défunt en aliénant les immeubles héréditaires, a assurément le droit de diminuer ce gage, en les louant dans des conditions désavantageuses. — L'article 634 du Code de procédure toutefois apporte une restriction, en décidant que les baux, qui n'auront pas acquis date certaine avant le commandement, pourront être annulés à la demande des créanciers saisissants ou de l'adjudicataire.

Les auteurs qui attribuent aux créanciers héréditaires un véritable privilége doivent naturellement aboutir à des solutions différentes. — Les baux de moins de 18 ans seront toujours opposables aux créanciers. Ces baux sont de simples actes d'administration qu'il n'est pas possible d'interdire au propriétaire d'un immeuble grevé d'un privi-

lége ou d'une hypothèque. — Quant aux baux de plus de 18 ans, la loi du 23 mars 1855, qui les soumet à la formalité de la transcription, décide qu'ils ne peuvent être opposés que pour une durée de dix-huit années aux tiers qui ont acquis des droits sur l'immeuble, et qui ont rempli les formalités de publicité requises pour la conservation de leurs droits, avant que le preneur ait lui-même fait transcrire son bail (art. 3). En conséquence, les créanciers ont-ils inscrit leur privilége dans les six mois depuis l'ouverture de la succession ? cette inscription rétroagissant au jour du décès, ils primeront dans tous les cas ce tiers auquel l'héritier a consenti un bail de plus de 18 ans sur un immeuble héréditaire. N'ont-ils, au contraire, requis l'inscription prévue par l'article 2111 du Code civil qu'après l'expiration du délai de six mois ? cette inscription n'a plus d'effet qu'à sa date ; par conséquent, ils devront respecter les baux de plus de dix-huit ans antérieurement transcrits.

§ 2. — Effets de la séparation à l'égard des tiers qui ont acquis des droits sur les meubles de la succession.

Les auteurs qui attribuent à la séparation le caractère d'un véritable privilége autorisent les créanciers du défunt à saisir les meubles héréditaires entre les mains des tiers acquéreurs, sauf

pour ceux-ci le droit d'invoquer la maxime « *en fait de meubles possession vaut titre* » (1).

Pour nous, qui restreignons les effets de la séparation à un simple droit de préférence, nous ne pouvons évidemment pas accepter cette solution d'une manière absolue.

Les créanciers héréditaires sont évidemment fondés à revendiquer les meubles contre les tiers auxquels l'héritier les aurait donnés en gage. Dans ce conflit d'intérêts entre les séparatistes et ce gagiste créancier personnel de l'héritier, il y a lieu de faire intervenir la fiction de la survie du défunt ; l'héritier, simple administrateur, n'a pas pu valablement disposer d'un bien dont il n'était pas propriétaire.

Mais dans tous les autres cas l'héritier, qui reste toujours saisi malgré la séparation, peut disposer des meubles de la succession comme bon lui semble. Il est impossible de lui refuser à l'égard de ces meubles un droit que nous lui avons concédé en ce qui concerne les immeubles.

Faut-il aller aussi loin que MM. Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, et dire que les créanciers héréditaires n'auront jamais dans cette seconde hypothèse aucun recours à exercer contre les tiers détenteurs, lors même que ceux-ci seraient de

---

(1) Duranton VII, nº 483.

mauvaise foi ? Évidemment non ; ils sont créanciers personnels de l'héritier, ils peuvent donc toujours attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits (art. 1167 du Code civil). Cette action Paulienne leur est le plus souvent d'un secours moins efficace que l'action en revendication ; car, pour faire annuler les aliénations à titre onéreux, ils devront démontrer la double fraude et de l'héritier et du tiers acquéreur. Mais parfois elle sera plus avantageuse, et pourra être invoquée avec succès dans des circonstances où l'action en revendication eût échoué. En cas d'aliénation à titre gratuit, l'acquéreur de bonne foi peut opposer à l'action en revendication l'exception « *en fait de meubles possession vaut titre* » ; grâce à l'action révocatoire, les créanciers en feront prononcer la nullité à la seule condition de prouver la mauvaise foi de l'héritier leur débiteur.

Section IV. — Effets de la séparation vis-à-vis des créanciers et des légataires du défunt dans leurs rapports respectifs.

Il faut distinguer selon que les créanciers et les légataires du défunt s'attaquent aux immeubles ou aux meubles dépendant de la succession.

§ I. — Immeubles.

Aux termes de l'article 2111, les créanciers et les légataires du défunt, qui veulent exercer sur les immeubles dépendant de la succession les droits que leur confère la séparation des patrimoines, doivent à cet effet prendre inscription sur lesdits immeubles dans les six mois de l'ouverture de la succession. Plusieurs hypothèses peuvent se présenter.

I). — Tous les créanciers se sont inscrits dans les délais.

Aucune difficulté ne se présente dans ce cas. Les créanciers sont payés en premier lieu ; les fonds restés sans emploi sont ensuite attribués aux légataires.

II). — Quelques créanciers héréditaires seulement ont régulièrement fait l'inscription ; les autres n'ont rempli cette formalité qu'après l'expiration du délai, ou même ne se sont pas inscrits du tout.

Les créanciers séparatistes diligents auront-ils, à raison de cette antériorité, un droit de préférence à l'égard des autres, qui ne se sont inscrits que tardivement ?

La question est discutée dans la doctrine.

A). — Quelques auteurs soutiennent l'affirmative (1), et invoquent à l'appui de leur thèse les arguments suivants :

1° L'article 2146 décide que les inscriptions prises par un créancier après l'ouverture de la succession de son débiteur sont sans effet à l'égard des autres créanciers, quand la succession est acceptée sous bénéfice d'inventaire. Un argument *a contrario* conduit à cette conséquence que, dans le cas où une succession est acceptée purement et simplement, rien n'empêche certains créanciers d'acquérir un droit de préférence à l'égard des autres par une inscription prise après le décès du défunt, leur débiteur commun.

---

(1) Blondeau, *op. cit.* p. 482 et suiv. — Lyon, 17 avril 1822 (*Sir.*, 24, 2, 159).

2° La séparation sous l'empire du Code civil est une mesure individuelle qui profite à ceux-là seuls qui l'ont demandée. L'article 2111 déclare que « les créanciers et légataires qui demandent la sé- « paration.... conservent à l'égard des créanciers « des héritiers.... leur privilége sur les immeubles « de la succession ». Par suite de la confusion des deux patrimoines, conséquence de la transmission héréditaire, les créanciers du défunt sont devenus les créanciers de l'héritier ; ils conservent cette qualité aussi longtemps qu'ils n'ont pas requis l'inscription prévue par l'article 2111. Prise dans les six mois, cette inscription a un effet rétroactif qui remonte au jour du décès ; tous ceux qui se sont conformés à cette formalité sont censés avoir répudié l'héritier comme débiteur à la même époque ; ils doivent donc concourir tous ensemble au marc le franc. Prise après l'expiration de ce délai, l'inscription n'a plus d'effet qu'à sa date ; les créanciers retardataires n'ont cessé d'être créanciers de l'héritier qu'après que les créanciers diligents avaient déjà obtenu un droit de préférence opposable à tous les créanciers de l'héritier, par conséquent opposable à eux-mêmes ; ils ne peuvent plus se prévaloir du bénéfice de la séparation que dans la mesure où elle peut être encore invoquée.

B). — Cette opinion nous semble devoir être repoussée.

1° Sans doute dans le cas où une succession est acceptée purement et simplement, les créanciers peuvent améliorer leur position les uns au détriment des autres. Mais ce principe, dont l'évidence est manifeste, n'est pas en jeu dans la question qui nous occupe : il s'agit de savoir si la séparation peut arriver à ce résultat, de créer au profit de quelques créanciers un droit de préférence à l'encontre des autres. Evidemment non : « la séparation, comme le disent MM. Aubry et Rau, n'a « été introduite que pour obvier à la confusion de « l'hérédité dans le patrimoine de l'héritier et pour « maintenir sous ce rapport les choses.... en l'état « où elles se trouvaient au moment du décès du « défunt » ; elle ne peut donc apporter aucun changement à la situation respective des créanciers héréditaires entre eux.

2° L'argument tiré du texte de l'article 2111 n'est nullement probant ; il repose tout entier sur une fausse interprétation des mots « *créanciers de l'héritier* », qui certainement ne se réfèrent pas, comme le croit M. Blondeau, aux créanciers héréditaires ; en opposant « les *créanciers et les légataires qui demandent la séparation aux créanciers de l'héritier* », les rédacteurs du Code civil ont certainement voulu désigner dans ce dernier membre de phrase les créanciers qui n'ont jamais eu de relations avec le défunt.

Ainsi les créanciers, qui se conforment aux prescriptions de l'article 2111, sont obligés de subir le concours des créanciers qui ne se sont inscrits qu'après les six mois depuis l'ouverture de la succession (1). Un argument *a fortiori* conduit à décider qu'entre créanciers inscrits après l'expiration de ce délai, aucun droit de préférence ne peut résulter de la date respective de ces inscriptions tardives.

III). — *Quelques créanciers du défunt inscrits dans les six mois se trouvent à la fois en présence de créanciers inscrits tardivement et de créanciers de l'héritier qui ont obtenu sur les immeubles dépendant de la succession des hypothèques inscrites avant que les créanciers héréditaires négligents n'aient eux-mêmes publié leurs droits conformément à l'article 2111.*

Soit l'hypothèse suivante : Un immeuble dépendant de la succession est vendu 45000 francs.

Primus, créancier du défunt, s'inscrit dans les six mois pour.....	40000 fr.
Secundus, créancier hypothécaire de l'héritier, s'inscrit pour	20000 »

(1) Aubry et Rau. tom. VI, § 619, note 53. — Barafort *op. cit.* nos 196-198. — Demolombe. *Succ.* tom. V, no 222. — Duranton VII, 477 et XIX, 226. — Req. 4 décembre 1871. (*D. P.* 71, 1, 249).

Tertius, créancier du défunt, s'inscrit après les 6 mois et postérieurement à Secundus pour. . . . . 80000 fr.

Quels seront les droits respectifs de ces trois créanciers ?

Dans un premier système, on soutient que Primus régulièrement inscrit, ayant un droit de préférence opposable à Secundus, qui à son tour l'emporte sur Tertius, doit lui-même l'emporter sur Tertius conformément à la maxime « *si vinco vincentem te, a fortiori vincam te* ». Primus doit donc être colloqué pour le montant intégral de sa créance, par préférence à Secundus et à Tertius ; ainsi il aura 40000 francs, Secundus en recevra 5000, Tertius sera exclu (1).

On peut objecter que le brocard *si vinco*.. est invoqué à tort dans le cas présent, puisque la cause qui fait préférer Primus à Secundus n'est pas la même que celle pour laquelle Secundus l'emporte sur Tertius. De plus, on arrive de la sorte à créer au profit de Primus un droit de préférence au détriment de Tertius ; on viole ainsi le principe qui veut que tous les créanciers héréditaires aient des droits égaux, quelle que soit l'époque à laquelle ils se sont inscrits. Aussi ces considérations ont-elles

(1) Delvincourt. II, p. 179.

amené certains auteurs à décider que le créancier diligent ne peut obtenir que la somme à laquelle il aurait eu droit, si tous les créanciers du défunt s'étaient régulièrement inscrits dans les délais voulus. En conséquence Primus aura 15000 francs, Secundus 20000, Tertius 10000 (1).

Mais on arrive de la sorte à créer une situation trop avantageuse à Secundus. Celui-ci savait que l'immeuble était le gage exclusif d'un créancier du défunt jusqu'à concurrence de 40000 francs ; il n'a pas pu raisonnablement supposer que d'autres créanciers héréditaires, qu'il ne connaissait même pas, viendraient après coup faire l'inscription requise, et diminuer ainsi les droits des créanciers ayant rempli les formalités de publicité exigées par l'article 2111 du Code civil. D'ailleurs que de fraudes vont être possibles? voilà Tertius, le créancier négligent, qui va devenir le maître de la situation, et qui, selon qu'il s'inscrira ou non, causera un préjudice soit à Primus, soit à Secundus.

Aussi pensons-nous que, dans tous les cas, le créancier de l'héritier, Secundus, ne peut réclamer que la somme sur laquelle il a pu légitimement compter, soit 5000 francs dans l'espèce pro-

---

(1) Aubry et Rau VI, § 619, note 54. — Dalloz, *Jur. Gén.* V° Succ. n° 1495. — Dufresne *op. cit.* n°s 99 et ss.

posée (1). Les 40000 francs restants seront partagés entre les créanciers séparatistes; Primus, qui s'est régulièrement inscrit, n'a aucun droit de préférence à l'encontre de Secundus; toutefois, il ne doit pas subir les conséquences de la négligence de ce dernier; il a donc le droit de prendre la somme pour laquelle il aurait été colloqué si Tertius, son cocréancier, avait lui-même rempli les formalités conservatoires de son droit. Ainsi Primus aura 15000 francs, Secundus 25000 (2).

Le même principe doit être accepté dans le cas où le conflit s'élève entre un créancier de l'héritier, un créancier du défunt et un légataire.

Prenons l'hypothèse suivante :

Soit un immeuble vendu. . . . 45000 fr.

Primus auquel a été fait un legs de 40000 » s'inscrit dans les six mois.

Secundus, créancier hypothécaire de l'héritier, s'inscrit sur ledit immeuble pour. . 20000 fr.

Tertius, créancier du défunt pour 40000 » s'inscrit après l'expiration du délai de six mois, et après Secundus.

Un premier point est certain. Vis-à-vis de Secundus, Primus a droit à 40000 fr., montant de

---

(1) Req., 28 avril 1869. (*D. P.*, 69. 1, 445).

(2) Barafort, *op. cit.*, n. 203. M. P. Lombard à son cours. — Duranton. XIX, n. 227. — Tr. Aix, 18 mars 1873 (*Sir.*, 74, 2, 25).

son legs régulièrement publié. Averti par l'inscription, Secundus devait savoir que, jusqu'à concurrence de ladite somme, l'immeuble restait le gage exclusif des créanciers héréditaires.

Quant à Primus, il ne peut garder pour lui les 40000 francs qui lui ont été ainsi attribués ; car, ainsi que nous l'avons vu, l'inscription ne crée entre créanciers et légataires du défunt aucun droit de préférence particulier ; il ne peut donc réclamer que la somme qui lui serait revenue si Tertius s'était régulièrement inscrit, soit 5000 fr.

En résumé :

Primus recevra . . .	5000 fr.
Secundus recevra . .	5000 »
Tertius recevra . . .	35000 »

§ II. — Meubles.

En matière mobilière la séparation n'étant soumise à l'accomplissement d'aucune formalité de publicité, il en résulte que les créanciers et les légataires du défunt ne peuvent jamais se prévaloir des mesures d'exécution qu'ils ont pratiquées contre l'héritier pour réclamer un droit de préférence quelconque sur les biens héréditaires.

CHAPITRE V

DE LA PROCÉDURE EN SÉPARATION.

Section I. — Demande en justice.

En droit romain, la *separatio bonorum* était intimement liée aux mesures d'exécution dirigées par les créanciers contre leur débiteur. Après que les créanciers de l'héritier avaient obtenu la *missio in possessionem*, les créanciers et les légataires du défunt, devenus par suite de l'adition d'hérédité créanciers de l'héritier, requéraient du préteur l'envoi en possession des biens acquis par l'héritier *ex hereditaria causa*; les créanciers personnels de l'héritier étaient alors obligés de se contenter de l'envoi en possession des biens de leur débiteur (*creditores Titii contentos esse debere bonis Titii*). La séparation était donc une mesure collective :

Elle était demandée par tous les créanciers de la succession ;

Elle était demandée contre tous les créanciers de l'héritier ;

Elle portait sur l'ensemble des biens héréditaires.

La séparation revêt un tout autre caractère sous l'empire du Code civil. Elle est indépendante de toute poursuite dirigée contre l'héritier. En outre elle n'est plus nécessairement une mesure collective :

Elle peut être demandée soit par tous les créanciers héréditaires, soit par chacun d'eux séparément ;

Elle peut être demandée, soit contre tous les créanciers de l'héritier, soit contre chaque créancier en particulier ;

Enfin, elle peut porter soit sur tout le patrimoine héréditaire, soit sur quelques biens seulement de ce patrimoine.

Les créanciers qui veulent se prévaloir des avantages résultant de la séparation sont-ils tenus de s'adresser aux tribunaux pour obtenir un jugement leur conférant ce bénéfice ?

Un parti important dans la doctrine soutient l'affirmative. L'article 878 du Code civil qui décide que *les créanciers du défunt peuvent demander la séparation des patrimoines*, l'article 880 qui dit que *l'action peut être exercée aussi longtemps que..*, indiquent clairement qu'une demande en justice est nécessaire.

Mais d'accord sur le principe, les partisans de ce système se divisent dès qu'il s'agit d'en faire

l'application. La procédure à suivre n'étant réglée ni par le Code civil, ni par le Code de procédure, il a fallu la constituer de toutes pièces dans ses grandes lignes ; dans de telles conditions des divergences d'opinions devaient nécessairement se produire.

D'après quelques auteurs (1), appliquant à la lettre l'article 878, l'action doit être dirigée contre les créanciers de l'héritier. Ce système se heurte à des difficultés pratiques insurmontables. Comment, en effet, les créanciers du défunt arriveront-ils à connaître les créanciers de l'héritier, tant que ceux-ci ne recourent pas à des voies d'exécution sur les biens de leur débiteur? En outre quand les créanciers du défunt refusent d'accepter l'héritier pour débiteur, c'est que la solvabilité de ce dernier est douteuse ; ses créanciers sont donc le plus souvent très nombreux. Que de frais, que de lenteurs dans la procédure s'il faut les mettre tous en cause et faire à chacun d'eux une signification !

Frappés de ces inconvénients, d'autres auteurs (2) admettent que la demande en séparation peut être formée contre l'héritier. Sans doute, l'article 878 parle d'une demande dirigée contre

---

(1) Aubry et Rau, *op. cit.*, VI, § 619, note 16.

(2) Barafort, *op. cit.* n° 38. — Paris, 15 novembre 1856. *(D. P.* 57, 2, 195). — Nancy, 14 juil. 1875 (Sir. 76, 2, 151).

les créanciers de l'héritier, mais ce texte n'a rien de prohibitif ; l'action peut être valablement intentée contre l'héritier lui-même toutes les fois que les créanciers et les légataires du défunt y ont un intérêt légitime. D'ailleurs, une fois prononcée, ce n'est pas contre l'héritier, mais contre les créanciers personnels de ce dernier que la séparation produira ses effets, c'est donc bien contre eux qu'elle a été en réalité demandée. Le système précédent était impraticable, celui-ci est illogique. Si l'on s'appuye sur l'article 878 pour soutenir qu'une demande en justice est nécessaire, il faut en accepter tous les termes, mais on ne peut évidemment pas invoquer et récuser tour à tour l'autorité d'un texte. En outre, la séparation n'est appelée à causer de préjudice qu'aux créanciers de l'héritier ; elle n'apporte aucun changement aux droits et aux obligations de l'héritier, il n'a donc pas qualité pour figurer dans une instance où ses intérêts ne sont pas en jeu.

M. Dufresne distingue selon que les créanciers de l'héritier sont ou ne sont pas connus ; dans le premier cas, l'action doit être dirigée contre les créanciers eux-mêmes, dans le second, elle peut l'être contre l'héritier (1). Cette opinion, absolument arbitraire, aboutit nécessairement à l'un des

(1) Dufresne, *op. cit.*, nº 35 et s. — Laurent, *op. cit.*, t. X., nº 11.

deux systèmes précédents que nous avons cru devoir repousser.

A notre avis, aucune demande à fin de séparation n'est nécessaire. Dans notre Ancien Droit, les créanciers héréditaires devaient obtenir des *Lettres Royaux* qui rappelaient l'*edictum* du préteur romain. Mais cet usage n'avait pas tardé à disparaître ; du temps de Lebrun, la séparation est de plein droit et non sujette à demande (1), ce qui n'empêche pas les auteurs de cette époque d'employer couramment l'expression « *demander la séparation* ». Le mot avait survécu à la chose. En reproduisant cette locution dans l'article 878, les rédacteurs du Code l'ont certainement employée avec le sens qu'elle avait dans le dernier état de notre Ancienne Jurisprudence (2).

Le droit de préférence résultant de la séparation existe de plein droit, il peut être invoqué soit dans les ordres, soit dans les distributions par contribution. Il peut évidemment se présenter des circonstances où les créanciers du défunt seront obligés de s'adresser aux tribunaux ; cette hypothèse se présentera quand certains créanciers de

---

(1) Lebrun, *Succ.* Livre IV, ch. II, sect. I, n° 25, (p. 629).

(2) Demolombe, *Succ.* V., n° 136 et s. s. — Metz, 27 mai 1868 (*D. P.*, 2, 103).

l'héritier prétendront concourir avec eux sur les biens de la succession. Mais cette instance a pour but, non pas de créer un droit nouveau au profit des créanciers héréditaires, mais de faire reconnaître un droit préexistant.

Section II. — Mesures conservatoires.

§ I. — Mesures conservatoires à l'égard des meubles.

La loi est absolument muette en ce qui concerne les mesures conservatoires que doivent prendre les créanciers héréditaires pour sauvegarder leurs droits à l'égard des meubles dépendant de la succession. Ils peuvent, dans tous les cas, requérir une apposition de scellés, exiger un inventaire ; ils peuvent, si leur créance est exigible, recourir aux voies d'exécution, pratiquer des saisies, saisies-arrêts, etc., etc.

Mais *quid* pour les créanciers à terme ou sous condition ? Ils sont obligés d'attendre que leur droit soit né et actuel. Dans l'intervalle, l'héritier peut aliéner ces biens, qui sont leur gage exclusif, et anéantir leur privilége (1).

Cette solution, conséquence rigoureuse du jeu des principes, a été combattue par MM. Demolombe et Barafort.

---

(1) Aubry et Rau, t. VI, § 619, note 60. — Paris, 31 juil. 1852. (*Sir.* 52, 2, 604) — Paris, 28 avril 1865 (*Sir.* 66, 2, 49.

Selon ce dernier auteur (1), il est inexact de prétendre que le Code civil laisse *pendente conditione* le créancier conditionnel sans protection contre les fraudes possibles d'un héritier qu'il ne veut pas reconnaître comme son débiteur. L'article 807 du Code civil oblige l'héritier bénéficiaire à fournir à tous les créanciers du défunt caution bonne et solvable de la valeur du mobilier ; l'héritier pur et simple, qui détient également les biens héréditaires, doit être soumis à la même obligation envers les créanciers qui réclament la séparation. — Il est facile de répondre que, si la loi n'impose cette obligation qu'à l'héritier bénéficiaire, c'est qu'elle entend apparemment faire à l'héritier pur et simple une situation différente, ce qui d'ailleurs est parfaitement logique. Le premier refuse de payer *de suo* les dettes de la succession, il renonce en quelque sorte à sa qualité de successeur, de continuateur de la personne du défunt ; il devient un simple administrateur chargé de liquider, il est naturel d'exiger de lui certaines garanties. Au contraire, malgré la séparation, l'héritier reste personnellement obligé ; les créanciers séparatistes peuvent s'attaquer à son propre patrimoine si les biens de la succession ne suffisent pas à les désintéresser entièrement. Le libre droit de disposer

(1) Barafort, *op. cit.*, nº 185.

n'est qu'une compensation légitime aux lourdes charges qui pèsent sur lui.

M. Demolombe (1), tout en constatant l'absence complète de dispositions législatives à cet égard, pense qu'il appartient aux tribunaux de suppléer à l'insuffisance de la loi, et d'ordonner les mesures qu'ils jugeront nécessaires. — On peut objecter que le juge n'a d'autre mission que d'interpréter la loi. D'ailleurs par quels moyens sauvegarder les droits du créancier conditionnel ? On ne peut évidemment pas lui permettre de pratiquer une saisie-arrêt ou une saisie-exécution. Obliger l'héritier à fournir caution ? Mais celui-ci, devenu par suite de la transmission héréditaire propriétaire des biens de la succession, peut en disposer comme bon lui semble, sans être tenu de rendre compte à personne de sa gestion. Pour exiger de lui des garanties, il faudrait un texte qui, de l'aveu même de l'éminent jurisconsulte, n'existe pas.

§ 2. — Mesures conservatoires à l'égard des immeubles.

I. — Du cas où la succession est acceptée purement et simplement.

Pour conserver intact leur droit de préférence sur les immeubles dépendant de la succession, les

(1) Demolombe. *Succ.*, t. V, n° 146, — Cass. 16 août 1869 (*Sir.* 69, 1, 417).

créanciers et les légataires du défunt sont tenus de s'inscrire sur lesdits immeubles dans les six mois depuis l'ouverture de la succession. Cette formalité est imposée à tous les créanciers, même aux créanciers hypothécaires qui se seraient inscrits avant le décès de leur débiteur, en tant qu'ils voudraient se prévaloir du bénéfice de la séparation ; en effet, pour la part de la créance non garantie par l'hypothèque, ils sont de simples créanciers chirographaires et doivent satisfaire à toutes les conditions exigées par la loi (1).

Les créanciers du défunt ont six mois à partir de l'ouverture de la succession pour s'inscrire sur les immeubles (article 2111, Code civil). Ce délai ne peut pas être modifié par la transcription de l'acte d'aliénation. L'article 6 de la loi du 23 mars 1855 ne vise pas la séparation qui n'engendre pas de droit de suite.

Après l'expiration du délai de six mois, la transcription de l'acte d'aliénation s'oppose à l'inscription des créanciers héréditaires qui seront dès lors primés par tous les créanciers hypothécaires de l'héritier régulièrement inscrits. Mais leur droit de préférence sur le prix subsiste intact à l'égard

---

(1) Aubry et Rau, *op. cit.* VI, § 619, note 37. — Demolombe, *Succ.* V, nº 195. — Devilleneuve (*Sir.* 48, 1, 17). — Agen, 23 janvier 1867 (*D. P.* 67, 2, 247). — *Contra* Req. rej. 30 nov. 1847 (*Sir. eod. loc.*) — Grenoble, 18 mars 1851 (*D. P.* 55, 2, 93).

des créanciers simplement chirographaires de l'héritier. Le droit de préférence se reporte de la chose sur le prix en vertu de la maxime « *subrogatum capit naturam subrogati* » ; le prix est une valeur héréditaire qui doit rester le gage exclusif des créanciers du défunt.

L'inscription est régie, quant à sa forme, par l'article 2148 du Code civil. Elle doit indiquer et le montant de la créance, et chacun des immeubles sur lesquels le créancier entend conserver son privilége. L'article 2111 confirmant en ce point l'article 2148 est formel ; il faut donc considérer comme nulle l'inscription prise d'une manière générale sur les immeubles que le défunt possédait dans tel arrondissement (1).

Rarement les créanciers et les légataires du défunt peuvent produire un titre authentique. La plupart des testaments sont olographes ; les créances sont le plus souvent constatées par des actes sous seing privé. Malgré les termes de l'article 2148, premier alinéa, le conservateur des hypothèques devra procéder à l'inscription sur le vu de ces actes sous signature privée ; la loi parle ici simplement *de eo quod plerumque fit* ; décider au-

---

(1) Req. 30 juil. 1878. (*D. P.* 79, 1, 366). — Cfr. Pau, 10 janv. 1887. (*D. P.* 87, 2, 173).

trement ce serait obliger les créanciers héréditaires à prendre un jugement en reconnaissance d'écriture, ce serait leur imposer sans motif des frais inutiles. — Quant aux créanciers qui n'ont aucun titre (tels sont les fournisseurs en général), ils ne peuvent évidemment pas obliger le conservateur à les inscrire sur la simple affirmation qu'ils sont créanciers. Ils devront adresser au président du tribunal une requête à l'effet d'obtenir une ordonnance les autorisant à requérir l'inscription de leur droit (argument tiré de l'article 558 du Code de procédure) (1).

II. — Du cas où la succession est bénéficiaire.

Malgré cette acceptation sous bénéfice d'inventaire, les créanciers héréditaires peuvent prendre l'inscription prévue par l'article 2111. L'article 2146, qui prononce la nullité de toute inscription prise sur les biens d'une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire, ne peut pas recevoir ici son application. Cette nullité, en effet, est toute relative et ne produit d'effet que dans les rapports des créanciers de la succession les uns envers les autres. Or, l'inscription de l'article 2111 est sans effet entre les créanciers héréditaires qui restent sur un pied de complète égalité ; elle a pour résul-

(1) Toulouse, 6 mars 1884. (*D. P.* 85, 2, 145).

tat unique de créer au profit de tous les créanciers et de tous les légataires du défunt un droit de préférence à l'encontre de tous les créanciers de l'héritier.

Cette inscription est-elle nécessaire? Sur cette question, trois opinions se sont fait jour.

Dans un premier système, on admet qu'elle est toujours nécessaire. En effet, la séparation, instituée en faveur des créanciers héréditaires, ne peut jamais résulter du bénéfice d'inventaire institué en faveur de l'héritier. Par conséquent, les créanciers de l'héritier munis d'une hypothèque légale ou judiciaire primeront les créanciers héréditaires qui n'ont pas publié leur droit dans les délais voulus (1).

Ce système ne saurait être admis. L'héritier bénéficiaire n'est qu'un administrateur de la succession, « il est chargé d'administrer », dit l'article 803 ; par conséquent, ses créanciers personnels n'ont aucun droit sur ces biens qui restent le gage exclusif des créanciers héréditaires.

Aussi, un certain nombre d'auteurs, suivis sur ce point par la jurisprudence, partant de cette idée que la séparation résulte de l'acceptation bénéfi-

---

(1) Duranton, *op. cit.* VII, 47 ; XIX, 218. — Rennes, 23 juil. 1819. Jur. Dall. V° *Succ.*, n° 785.

ciaire, décident que ce privilége subsiste, alors même que l'héritier deviendrait héritier pur et simple. A l'appui de cette thèse, on invoque diverses considérations. La séparation est un droit acquis, dont les créanciers et les légataires du défunt ne peuvent être privés par le fait de l'héritier ; une telle solution porterait atteinte aux intérêts légitimes de ces derniers, qui, espérant que la situation ne se trouverait pas modifiée, ont négligé de s'inscrire. D'ailleurs, la perte du bénéfice d'inventaire est une peine prononcée contre l'héritier qui a contrevenu aux dispositions de la loi (article 989, du Code de Proc.), et cette peine ne peut évidemment pas tourner contre les créanciers et les légataires du défunt (1).

Malgré la valeur de ces considérations, nous croyons devoir repousser ce système. — On a tort de soutenir que la perte du bénéfice d'inventaire est une peine ; que dit, en effet, l'article 989 du Code de procédure ? il dit que la vente des biens

---

(1) Aubry et Rau, t. VI, § 619, nº 7. — Blondeau, *op. cit.*, p. 507 et 508. — Dufresne, nº 76. — Req., 7 août 1860 (*D. P.* 60, 1. 501). — Civ. rej. 11 janv. 1882, (*D. P.* 82, 1, 364). — La jurisprudence va même plus loin : l'acceptation bénéficiaire faite par un seul des héritiers entraine séparation des patrimoines vis-à-vis des héritiers qui ont accepté purement et simplement. — Cass. civ., 3 août 1857 (*D. P.* 57. 1, 336). — Pau, 10 janvier 1887 (*D. P.* 87, 2, 173).

de la succession doit être effectuée d'après certaines formes prescrites, « *à peine pour l'héritier qui y a contrevenu d'être déclaré héritier pur et simple* » ; la loi veut simplement indiquer que l'héritier, qui ne se conforme pas aux prescriptions voulues, est réputé héritier pur et simple ; il est censé avoir renoncé au bénéfice qu'il avait à l'origine réclamé. D'ailleurs cet argument ne signifie plus absolument rien, quand l'héritier a expressément répudié le titre d'héritier bénéficiaire. — Tout autre système, objecte-t-on, viole un droit acquis. Cette objection nous paraît également mal fondée. Le bénéfice d'inventaire est une institution introduite dans le seul intérêt de l'héritier, pour son avantage, comme le dit l'article 802, et non pas pour les créanciers de la succession. Si le bénéfice d'inventaire assure aux créanciers du défunt un droit de préférence sur les biens de la succession, ce n'est qu'une conséquence de cette acceptation elle-même : *cessante causa, cessat effectus.*

Nous arrivons à un troisième système. L'acceptation bénéficiaire produit les effets de la séparation et crée au profit des créanciers héréditaires un droit de préférence sur les biens de la succession. Mais ceux-ci ont toujours intérêt à requérir l'inscription sur les immeubles héréditaires afin de s'assurer, pour le cas où l'héritier deviendrait

héritier pur et simple, le privilége de la séparation (1).

III. — Du cas où l'héritier est tombé en faillite.

L'article 448 du Code de commerce décide que les droits d'hypothèque ou de privilége valablement acquis pourront être inscrits jusqu'au jour du jugement déclaratif de faillite. Ce texte s'applique-t-il à la séparation des patrimoines? Deux hypothèses sont à prévoir :

a) Le jugement déclaratif de faillite est antérieur à l'ouverture de la succession. — La masse des créanciers du failli ne peut évidemment pas s'enrichir aux dépens des créanciers héréditaires ; la succession peut être acceptée ou répudiée ; mais en cas d'acceptation pure et simple, les créanciers du défunt ont le droit de s'inscrire. Prise dans les six mois, cette inscription produit un effet absolu et peut être opposée à tous les créanciers de l'héritier ; prise après l'expiration de ce délai, elle n'a plus d'effet qu'à sa date, et ne vaut plus que comme hypothèque (art. 2113). Par conséquent, si l'on admet que l'inscription, que les syndics sont obligés de requérir (art 490 du Code de com-

---

(1) Demolombe, *Succ.* III, n° 171 et s. — Laurent, t. X, n° 84. — Marcadé, sur l'art. 881, n° 7. — Serrigny, *op. cit.* (rev. crit. t. XIII, p. 63).

merce), confère à la masse des créanciers un véritable droit hypothécaire, il faut reconnaître que les créanciers du défunt devront subir le droit de préférence des créanciers du failli, devenus créanciers hypothécaires (1).

b) Le jugement déclaratif de faillite est postérieur à l'ouverture de la succession. — En refusant à la séparation le caractère d'un véritable privilége, nous sommes conduits à décider qu'elle ne tombe pas sous le coup de l'article 448 du Code de commerce. D'ailleurs, la séparation est un bénéfice destiné à protéger les créanciers du défunt contre l'insolvabilité de l'héritier. La faillite de celui-ci rend le remède encore plus urgent; il serait injuste d'abréger, dans ce cas, un délai que le législateur a calculé dans sa sagesse, et sur lequel ils ont dû compter. Ce qui peut en rester au moment du jugement déclaratif de faillite leur appartient toujours ; l'injustice de le leur enlever serait d'autant plus grande, que la brièveté du délai, la nature ou la cause du droit dont il s'agit, sont par elles-mêmes exclusives de l'idée de fraude qui a inspiré la défense portée par l'article 448 du Code de commerce (1).

---

(1) En ce sens. Barafort, *op. cit.* n° 156 et s.

CHAPITRE VI.

COMMENT SE PERD LE DROIT D'INVOQUER LA SÉPARATION.

Section I. — Renonciation expresse ou tacite.

La séparation est un bénéfice offert aux créanciers et aux légataires du défunt, et auxquels ceux-ci peuvent évidemment renoncer.

Aucune difficulté ne se présente en cas de renonciation expresse. La renonciation tacite résulte de tout acte dénotant, de la part de celui qui l'accomplit, l'intention de se contenter de la personne de l'héritier comme débiteur. Tel est le sens qu'il faut attribuer à l'article 879 du Code civil ainsi conçu : « Ce droit ne peut cependant plus être exercé, lors« qu'il y a novation dans la créance contre le dé« funt par l'acceptation de l'héritier pour débi« teur ». Ce texte ne se réfère pas à la novation proprement dite. Qui dit novation, dit substitution d'une dette nouvelle à l'ancienne. Le créancier du défunt devient alors créancier personnel de l'héritier; cette qualité ne lui permettant pas de demander la séparation (art. 881 du Code civil), il

était inutile d'en parler. — D'ailleurs l'acceptation de l'héritier pour débiteur ne peut jamais entraîner novation. Marcadé a essayé vainement de soutenir le contraire. « Il s'agit d'un créancier, dit-il, qui « peut rester créancier de la succession, et qui « consent à devenir celui de l'héritier. Puisque « pour débiteur il prend l'héritier (qu'il accepte « comme propriétaire unique des deux patrimoines « confondus en un), tandis qu'il pourrait con- « server pour débitrice la succession (avec son « patrimoine distinct de celui de l'héritier), il est « donc vrai de dire qu'il y a novation par chan- « gement de débiteur (1) ». Il est permis d'objecter que l'héritier est saisi de plein droit des biens du défunt, sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession (art. 724 du Code civil). Le créancier qui accepte l'héritier pour débiteur ne fait que confirmer un état de choses préexistant; il ne change rien, il ne nove pas (2).

Quels sont les actes qui doivent faire supposer chez les créanciers et les légataires du défunt la renonciation tacite au droit de se prévaloir du béné-

---

(1) Marcadé, *Explic. du Code civ.*, art. 878 à 880, p. 277, note (5e édit.).

(2) *Sic.*, Aubry et Rau. tom. VI, § 619, note 6. — Duranton. Tom. VII, nos 494 et suiv.

fice de la séparation des patrimoines? C'est là une question de fait qu'il appartient aux tribunaux de résoudre dans chaque cas particulier. On peut cependant poser deux règles générales :

1° Les créanciers n'encourent aucune déchéance tant qu'ils ne poursuivent l'héritier qu'en sa qualité d'administrateur des biens de la succession. Ainsi, ils peuvent signifier à l'héritier les titres exécutoires contre le défunt; ils peuvent prendre contre lui des jugements, *quia ex necessitate hoc fecerunt;* ils peuvent lui réclamer le payement des intérêts de leurs créances, car seul il peut solder les intérêts échus (1).

2° Ils sont censés renoncer à la séparation quand ils exercent certains droits que ne leur conférerait pas la qualité de créanciers du défunt. — Tel est le cas où ils stipulent de l'héritier des garanties particulières, telles que caution, gage, hypothèque, où ils produisent dans un ordre ouvert contre l'héritier et *concourent* avec les créanciers personnels de celui-ci.

Cette renonciation peut être pure et simple ou sous condition. Ainsi un créancier du défunt, qui reçoit des effets de commerce souscrits par l'héri-

---

(2) Demolombe. *Succ.* tom. V, n. 157 et suiv.

tier, accepte ce dernier comme débiteur définitif. Mais il peut n'accepter ces billets que *sauf encaissement*; rien ne l'empêche dans ce cas de réclamer la séparation si les billets ne sont pas payés; il n'a accepté l'héritier comme débiteur que sous condition ; la condition ne s'étant pas réalisée, il est censé être toujours resté créancier du défunt (1).

---

(1) Nimes, 21 juillet 1852. (*Sir.*, 53, 2, 701).

Section II. — Aliénation

La séparation modifie simplement les rapports entre les créanciers et les légataires du défunt et les créanciers de l'héritier ; elle n'apporte aucun changement aux droits résultant pour l'héritier de la saisine. Celui-ci, devenu propriétaire du patrimoine du défunt, peut valablement aliéner tous les biens qui le composent.

Ce droit est absolu ; et c'est à lui que fait allusion l'article 880, qui décide que « à l'égard des immeubles l'action peut être exercée tant qu'ils existent dans la main de l'héritier ». Il ne faudrait pas en conclure par un argument *a contrario* que l'action est encore recevable à l'égard des meubles, même une fois qu'il sont sortis des mains de l'héritier. Comme le dit M. Demolombe, « en décidant que la « séparation peut être demandée à l'égard des im- « meubles tant qu'ils existent dans la main de l'hé- « ritier, le seul but du second alinéa de notre ar- « ticle est de disposer que la prescription de trois « ans, que le premier alinéa vient d'établir pour les « meubles, n'existe pas pour les immeubles (1) ».

---

(1) Demolombe *Success.* Tom. V. nº 176.

Le droit des créanciers et des légataires du défunt est définitivement perdu une fois que le prix a été payé par l'acquéreur ; ils ne peuvent plus se prévaloir du bénéfice de la séparation à l'égard des créanciers de l'héritier, puisque les deniers provenant du prix de vente se sont confondus dans le patrimoine de ce dernier.

Mais *quid* dans le cas où le prix n'est pas encore payé ? Les créanciers héréditaires n'ont-ils pas alors un droit de préférence sur le prix encore dû ? L'affirmative ne saurait faire l'objet d'un doute. La séparation porte sur le patrimoine tout entier, elle s'étend à tout ce que l'héritier acquiert *ex hereditaria causa ;* les créanciers et les légataires du défunt ont donc sur le prix le droit de préférence qu'ils avaient sur le bien lui-même ; « *In judiciis universalibus pretium succedit loco rei et res loco pretii* » (1).

Il y a lieu d'appliquer à l'échange ce qui vient d'être dit de l'aliénation. Le privilége se reporte sur le bien acquis en échange.

---

(1) Aubry et Rau. tom. VI, § 619, note 20. — Demolombe *Succ.* tom. V. nos 181. — Dufresne, nos 41, 46, 48, 53. — Lyon, 13 mars 1867, (*D. P.* 67, 2, 214).

Section III. — Confusion.

La séparation portant sur les biens dépendant de la succession, il en résulte que le créancier, qui veut exercer son privilége, doit être à même de prouver que le bien sur lequel il entend se faire payer appartenait au défunt, son débiteur. Cette preuve est impossible quand les biens héréditaires se sont tellement *confondus* avec les biens de l'héritier qu'il est impossible de les distinguer. Cette confusion, du jour où elle est *invincible et sans remède*, comme dit Lebrun (1), est un obstacle qui s'oppose à l'exercice du droit accordé par la loi aux créanciers du défunt. Cette cause de déchéance nettement formulée par les jurisconsultes romains (2) est tellement évidente que les rédacteurs du Code civil ont cru inutile de la mentionner.

La confusion n'est guère possible en ce qui concerne les immeubles. Les titres de propriété, en effet, permettent toujours d'en constater l'origine. On peut cependant prévoir le cas où deux immeu-

---

(1) Lebrun. *Success.* Liv. IV, chap. II, sect. 1re, nos 23 et 25 (p. 625 et suiv.).

(2) Confusis autem bonis et unitis separatio impetrari non poterit. L. I, § 12. Dig. *De sep.* (XLII, 6).

bles contigus, l'un dépendant de la succession, l'autre appartenant à l'héritier, ont été vendus *in globo*, de telle sorte qu'il est impossible de déterminer la part du prix total afférente à chacun de ces deux biens.

Dans le cas où l'héritier a amélioré les immeubles héréditaires par des constructions, des plantations, etc., le privilége des créanciers séparatistes ne s'étend pas à tout l'immeuble. Il y a lieu de distraire du prix total la somme représentant la plus-value qu'ont procurée ces travaux, et qui doit rester le gage des créanciers personnels de l'héritier (argument tiré de l'article 2175 du Code civil). Mais il est inexact de prétendre que ces impenses, lorsqu'elles dépassent un certain *modus*, doivent entraîner pour les créanciers du défunt une déchéance de l'action en séparation (1).

Quant aux meubles, il y a lieu de faire une distinction.

La confusion n'est guère à craindre à l'égard des meubles par la détermination de la loi (créances, rentes, actions, etc.), dont on peut facilement constater l'identité dans la plupart des cas. Les titres nominatifs portent avec eux l'indication de leur origine; les titres au porteur ont un numéro

(1) Voir cep. Barafort, *op. cit.*, n. 101; — Grenoble, 18 août 1828, cité par Barafort.

d'ordre qui, s'il y a eu un inventaire, suffira à les reconnaître.

La confusion des meubles par nature, au contraire, est des plus faciles. Ainsi le numéraire trouvé dans la succession, une fois mêlé avec celui de l'héritier, a perdu son individualité propre d'une manière définitive ; il n'est plus possible de le reconnaître. Comment les créanciers pourront-ils sauvegarder leurs droits ? — Réclamer un inventaire ? Mais c'est là une mesure qui ne peut évidemment pas empêcher la confusion ultérieure, à moins que l'on n'admette avec Duranton, qu'une fois l'origine des biens constatée par un inventaire régulier, l'héritier est obligé « de rapporter la valeur « des objets aux créanciers du défunt qui ont de- « mandé la séparation des patrimoines (1) ». Ainsi l'héritier doit ou représenter les meubles inventoriés ou en rapporter le prix. Cette opinion ne peut évidemment pas être acceptée ; même en admettant que le privilége de la séparation se reporte de la chose sur le prix, ce prix ne peut être attribué aux créanciers séparatistes qu'autant qu'il est resté distinct ; dès l'instant où la confusion s'est opérée, la séparation devient impossible (2).

---

(1) Duranton. Tome VII, n. 481.

(2) Demolombe. *Success.* Tome V, n. 188. — Dufresne, *op. cit.*, n. 60. — Civ. rej., 14 août 1820 (*Sir.* 21, 1, 30).

Section IV. — Prescription

En droit romain, quelle que fût la nature des biens héréditaires, la séparation devait être demandée dans un délai de cinq ans, à dater du jour de l'adition d'hérédité (1). Les créanciers, qui avaient laissé écouler ce laps de temps sans réclamer l'intervention du préteur, étaient présumés avoir ratifié la situation qui résultait pour eux de la transmission héréditaire ; ils n'étaient donc plus fondés à réclamer la *separatio bonorum* contre l'héritier qu'ils avaient accepté comme débiteur.

La question était vivement discutée dans notre Ancien Droit. — Fidèles à la théorie romaine, les pays de droit écrit admettaient le délai de cinq ans pour la prescription de l'action en séparation. Au contraire, il était généralement admis dans les pays de droit coutumier que la séparation pouvait être demandée aussi longtemps que les biens ne s'étaient pas confondus avec ceux de l'héritier (2). Toutefois, quelques coutumes acceptaient le délai de cinq ans à l'égard des meubles.

---

(1) L. 1, § 13. Dig. *De sep.*

(2) Domat. *Loix civiles*, liv. III, tit. II, sect. 2. (p. 214). — Lebrun, *Traité des successions*, liv. IV, ch. II, sect. I, nº 24 in fine (p. 628). — Pothier, *Introd. au tit. XVII de la cout. d'Orléans*, sect. VII, art. 3, nº 127 (p. 1690).

C'est à ce dernier système que se sont ralliés les rédacteurs du Code civil : « Article 880. Il (ce droit) se prescrit, relativement aux meubles, par le laps de trois ans. A l'égard des immeubles, l'action peut être exercée tant qu'ils existent dans la main de l'héritier ».

Partant de cette idée que les meubles. susceptibles de leur nature de déplacements et de transformations rapides, perdent, au bout d'un certain laps de temps, leur individualité propre, la loi présume qu'après un laps de trois ans, les meubles appartenant au défunt se sont tellement confondus avec les meubles de l'héritier qu'il est impossible de les reconnaître. C'est donc sur une présomption *juris et de jure* de confusion qu'est fondée cette cause de déchéance du droit de demander la séparation des patrimoines. On comprend ainsi qu'à l'égard des immeubles, dont l'origine peut toujours être constatée, l'action en séparation soit imprescriptible.

La prescription de trois ans s'applique à tous les meubles héréditaires. La généralité absolue des termes de l'article 880, l'opposition entre le mot *meubles* et le mot *immeubles*, ne permettent pas ici d'établir de distinction ; la prescription atteint tout ce qui est considéré comme meuble par la loi (article 527 et suivants), meubles incorporels, créances, rentes, etc., etc.

Toutefois, une difficulté se présente en ce qui concerne le prix de vente non encore payé des immeubles héréditaires aliénés par l'héritier. Quelques auteurs, partant de cette idée que le prix de vente est une chose mobilière, appliquent dans ce cas l'article 880, premier alinéa (1). — Mais ce système soulève de sérieuses objections. Pourquoi le droit des créanciers se reporte-t-il de l'immeuble sur le prix? C'est que le prix représente l'immeuble lui-même, *res subrogata capit naturam subrogati*, la durée du privilége sur le prix doit donc être la même que sur l'immeuble (2).

La prescription de trois ans est fondée, ainsi que nous venons de le voir, sur une présomption de confusion; cette confusion ne pouvant se produire qu'à partir de l'acceptation de la succession par l'héritier, il est naturel d'admettre que ce n'est qu'à partir de ce jour que le délai de trois ans peut commencer à courir. (3)

La prescription de trois ans court contre les mi-

---

(1) Laurent, *op. cit.* t. X, nº 25, p. 37. — Dufresne, *op. cit.* nº 83.

(2) Aubry et Rau, t. VI, § 619, note 34. — Barafort. *op. cit.* nº 123. — Demolombe *Succ.* t. V, nº 205. — Req. rej. 22 juin 1841, (*Sir.* 41. 1. 723). — Metz, 27 mai 1868. (*Sir.* 68. 2. 281).

(3) Aubry et Rau, t. VI. § 619, note 31. — *Contrà* Demolombe, *Succ.* t. V. nº 173. — Dufresne, nº 56. — Merlin. *Quest. de dr.* Vº *Sép. du pat.* § 2. — Laurent. *op. cit.* X nº 25, p. 36.

neurs et les interdits. Il s'agit en effet ici d'une de ces courtes prescriptions qui courent même contre les mineurs (article 2278 du Code civil) ; toutefois ceux-ci pourront avoir un recours contre leurs tuteurs qui auraient négligé de prendre des mesures conservatoires (1).

---

(1) Barafort, *op. cit.* nº 120.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION et BIBLIOGRAPHIE. 1

CHAPITRE I. — Par qui et contre qui peut être invoquée la séparation des patrimoines. 6

SECTION I. — Qui peut invoquer la séparation. . 6

§. I. — Créanciers du défunt. 6

§. II. — Légataires 11

§. III. — Créanciers de l'héritier ??. 18

SECTION II. — Contre qui peut être invoquée la séparation 24

CHAPITRE II. — Des biens sur lesquels peut être exercée la séparation. 28

CHAPITRE III. — De la nature de la séparation. 40

CHAPITRE IV. — Des effets de la séparation. 55

SECTION I. — Vis-à-vis des héritiers du débiteur dans leurs rapports avec les créanciers héréditaires 56

SECTION II. — Vis-à-vis des créanciers personnels des héritiers dans leurs rapports avec les créanciers héréditaires 65

SECTION III. — Vis-à-vis des tiers qui ont acquis des droits sur les biens de la succession 69

SECTION IV. — Vis-à-vis des créanciers et des légataires du défunt dans leurs rapports respectifs 82

Chapitre V. — De la procédure en séparation 91
Section I. — Demande en justice. 91
Section II. — Mesures conservatoires 97
§. I. — A l'égard des meubles 97
§. II. — A l'égard des immeubles. 99
I. — Dans le cas où la succession est acceptée purement et simplement . . . 99
II. — Dans le cas où la succession est acceptée sous bénéfice d'inventaire . . 102
III. — Dans le cas où l'héritier est tombé en faillite 106
Chapitre VI. — Comment se perd le droit d'invoquer la séparation. 108
Section I. — Renonciation expresse ou tacite . . 108
Section II. — Aliénation 112
Section III. — Confusion 114
Section IV. — Prescription 117

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I. — La Constitution de Caracalla ne concéda le *jus civitatis* qu'aux habitants actuels de l'Empire, et non pas à tous ceux qui pourraient devenir dans la suite les sujets de l'Empire.

II. — Les servitudes ne peuvent pas être constituées par pactes ou par stipulations.

III. — Les créanciers de l'héritier ne sont pas fondés à réclamer la *separatio bonorum*.

IV. — Le créancier qui agit *pendente conditione* n'encourt pas la *plus petitio*.

V. — Avant les *leges Valeriæ*, la *provocatio ad populum* était subordonnée au consentement du roi ou des consuls.

VI. — Les *leges Semproniæ* excluent les sénateurs du jury criminel.

VII. — Le *judex quæstionis* est un magistrat inférieur placé sous les ordres du président de la quæstio, et pouvant le remplacer dans certains cas.

VIII. — La majorité requise pour la condamnation a varié suivant les époques.

DROIT FRANÇAIS

I. — Le délai d'un an, accordé à l'étranger né en France pour réclamer la qualité de Français, court à dater du jour où il a atteint l'âge de 21 ans.

II. — L'héritier saisi n'est pas tenu *ultra vires hereditatis* des legs faits par le défunt.

III. — La quotité disponible entre époux ne peut jamais être combinée avec la quotité disponible ordinaire.

IV. — Sous le régime dotal, la dot mobilière n'est pas inaliénable.

V. — La séparation régulièrement inscrite ne crée pas de privilége au profit des créanciers du défunt.

VI. — Les créanciers personnels de l'héritier ont sur les biens de leur débiteur un droit de préférence à l'encontre des créanciers du défunt qui ont demandé la séparation des patrimoines.

DROIT CRIMINEL

I. — Le complice doit être puni de la même peine que celle qui est prononcée par la loi contre le crime commis par l'auteur principal.

II. — Le délai de la prescription de l'action publique dépendant de la qualification du fait délictueux, et cette qualification dépendant de la peine édictée par la loi, il en résulte que les excuses légales (provocation, minorité), modifient la durée de cette prescription.

DROIT COMMERCIAL

I. — Le mari mineur pour autoriser sa femme à faire le commerce doit se faire autoriser par la justice.

II. — L'inscription prise par les syndics d'une faillite conformément à l'article 490 du Code de Commerce sur les immeubles du failli, établit au profit de ces créanciers un véritable droit d'hypothèque.

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

I. — En l'absence de conventions spéciales, les tribunaux français, appelés à rendre exécutoires les jugements rendus par des tribunaux étrangers, doivent examiner ces jugements quant au fond et rechercher s'ils ont bien ou mal jugé.

II. — La femme étrangère n'a pas d'hypothèque légale sur les immeubles de son mari situés en France.

III. — La femme française séparée de corps ne peut se faire naturaliser à l'étranger sans l'autorisation de son mari, ou de la justice.

Vu :
Nancy, le 23 avril 1889
Le Président de la thèse,
P. LOMBARD.

Vu :
Nancy, le 25 avril 1888
Le Doyen,
E. LEDERLIN.

Vu et permis d'imprimer :
Nancy, le 25 avril 1889.
Le Recteur,
E. MOURIN.

ERRATA

PAGES	LIGNES	AU LIEU DE	LIRE
5	10	succession	successions
39	6	ce derniers	ces derniers
43	note 1	L. 1, 17, et L. 3, § 1 Dig. *de sep.* (XLVI, 2).	L. 1, § 17, et L. 3, § 1 Dig. *de sep.* (XLII, 6)
75	ligne 21	privileges	priviléges